

**LA SEDE Y EL ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL
ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENFOQUES CRUZADOS**

Volumen 96 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados

Jorge Luis Collantes González
Coordinador

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**LA SEDE Y EL ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL
ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENFOQUES CRUZADOS**

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, septiembre 2021

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-10389

ISBN: 978-612-4400-45-2

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	9
Prólogo de Marco de Benito Llopis-Llombart	11
La importancia de la sede y del ordenamiento aplicable al fondo del asunto en el arbitraje internacional <i>Jorge Luis Collantes González</i>	19
La sede del arbitraje como vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción <i>Guillermo Cabrera González</i>	43
Relevancia de la sede arbitral en el arbitraje de inversión <i>Yael Ribco Borman</i> <i>Pilar Álvarez</i>	73
Sede arbitral y reglamento procesal arbitral: diferencias, implicaciones jurídicas y concurrencia <i>Sylvia Sámano Beristain</i>	117
La ejecutabilidad de los laudos arbitrales internacionales anulados por la justicia de la sede del arbitraje <i>Mateo Verdías Mezquera</i>	139

La sede cautiva: el sesgo local y el abuso de soberanía como factores determinantes en la decisión de ejecutar un laudo anulado (un análisis a partir de resoluciones dictadas por los tribunales estadounidenses)	195
<i>Santiago Escobar Magaña</i> <i>Roberto Cuchí Olabuenaga</i>	
La elección de ordenamientos combinados: los efectos y problemas de la doctrina del <i>trunc commun</i> como mecanismo de determinación de la ley aplicable al fondo de la disputa arbitral	249
<i>Ricardo Andrés Padilla Parot</i>	
El ordenamiento aplicable a la cuestión de fondo ante el silencio entre las partes del acuerdo	277
<i>Jorge Bogarín</i>	
La aplicabilidad de los principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales	305
<i>Jacqueline Lopez Wismer</i>	
La aplicabilidad de la <i>lex mercatoria</i> en la solución de diferencias	349
<i>M^a Inmaculada Rodríguez Roblero</i>	
El ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversiones	389
<i>Hugo Cardona</i>	
La excepción del orden público en el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en Argentina, Brasil y Colombia	443
<i>Claudio Salas</i> <i>María Camila Hoyos</i> <i>Soledad Peña</i>	

NOTA DEL EDITOR

Guillermo Cabrera González, Yael Ribco Borman, Pilar Álvarez, Sylvia Sámano Beristain, Mateo Verdías Mezzera, Santiago Escobar Magaña, Roberto Cuchí Olabuenaga, Ricardo Andrés Padilla Parot, Jorge Bogarín, Jacqueline Lopez Wismer, M^a Inmaculada Rodríguez Roblero, Hugo Cardona, Claudio Salas, María Camila Hoyos, Soledad Peña. Todos autoridades en el arbitraje y todos ellos han escrito para esta obra.

Pero, además, ella cuenta con un excelente prólogo del profesor Marco de Benito Llopis-Llombart, cuyas palabras hacia la *Biblioteca de Arbitraje* agradecemos sobremanera.

Este libro colectivo no hubiera sido posible sin la idea y coordinación de Jorge Luis Collantes González, incansable promotor del desarrollo jurídico y de la difusión recíproca del conocimiento entre Europa y América Latina.

En ese sentido, nuestro Estudio de Abogados y su *Biblioteca de Arbitraje* se sienten muy agradecidos y honrados de publicar éste, su volumen 96, titulado *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, obra cuyo valioso contenido podrán consultar nuestros lectores desde este momento.

Debo recordar que la *Biblioteca de Arbitraje* publicó su primer volumen en diciembre de 2006, teniendo el permanente compromiso, durante estos tres lustros, de difundir el arbitraje y otros medios de solución de conflictos para favorecer el progreso de la administración de justicia en todo el mundo.

Reiteramos nuestra gratitud a todos los autores de esta excelente obra colectiva y, desde ya, los invitamos para que nos acompañen en nuevos emprendimientos académicos.

Lima, septiembre de 2021

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

PRÓLOGO

La producción editorial del Estudio Mario Castillo Freyre —estudio en la máxima extensión del término— sólo puede ya calificarse de asombrosa: por calidad, por volumen, por variedad temática, por la muy diversa procedencia de los autores. En esa permanente labor de estímulo de la investigación jurídica en lengua española, la *Biblioteca de Arbitraje* nos propone, en esta ocasión, un doble tema de notable importancia y complejidad: la sede y la ley aplicable en el arbitraje.

Por su anclaje en la autonomía privada, y por ofrecer un foro natural para litigios con elementos internacionales, el edificio normativo del arbitraje se construye, necesariamente, mediante capas, o más bien, puesto que no se ordenan siempre jerárquicamente, mediante piezas o bloques, cuya configuración es única para cada procedimiento. Así puede también suceder, en cierta medida, fuera del ámbito arbitral, pero es aquí donde constituye rasgo característico, metodología insoslayable.

Tenemos, en primer término, el convenio arbitral, por el que las partes comprometen o «ponen de común acuerdo en manos de un tercero la determinación de la diferencia, pleito, etc., sobre que se contiene» (Diccionario de la Real Academia Española, 2014, edición 23.^a, del Tricentenario). La precisa integración del contenido, alcance y efectos del convenio arbitral se efectúa por referencia a un sistema jurídico, que podrá ser la propia *lex compromissi*, si se ha pactado específicamente, o bien la *lex contractus* o la *lex loci arbitratus*; puede, incluso, en determinados supuestos, elegirse entre alguna de esas *leges*, como hace para juzgar sobre su validez el artículo 9.6 de la Ley española: «cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o

por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

Fijado el contenido, alcance y efectos de las reglas establecidas *ex compromisso*, la fuente normativa de más directa aplicación vendrá integrada por las reglas emanadas de la autoridad de los árbitros, las cuales podrían llegar incluso, en algún caso extremo, a dejar sin efecto un acuerdo que hayan alcanzado las partes sobre algún aspecto del procedimiento.

La posible remisión a un reglamento de arbitraje añade una capa o pieza normativa adicional, a la que se suman las propias determinaciones de la institución administradora si se le ha otorgado poder para ello.

Resoluciones de los árbitros y de la institución, reglamento arbitral, reglas procesales previstas en el convenio o pactadas luego por las partes... Todo ello, a su vez, deberá aplicarse de conformidad con la ley del lugar del arbitraje, la *lex loci arbitratus*, resolviéndose los conflictos de normas según el carácter general o particular, imperativo o dispositivo, de la regla en cuestión. Ello no es, histórica y conceptualmente, sino concreción del principio general —por seguir con los latinajos— *lex fori regit processum*, aunque haya quien grite anatema al dar sus ojos con tan incorrecta impugnación del dogma de la pureza y autonomía del orden jurídico arbitral.

Deberán, además, tomarse en consideración no sólo las normas procesales del lugar del arbitraje —fuero primario—, sino también las de otras legislaciones procesales —fueros secundarios— que pudieran llegar a resultar de aplicación: una medida cautelar que se solicita a tribunales estatales distintos de los de la sede; una prueba para cuya práctica se recaba la cooperación de esos u otros órganos judiciales; la ejecución forzosa de laudos parciales y, señaladamente, del laudo final en una o varias jurisdicciones.

Por no hablar de los tratados internacionales, empezando por la Convención de Nueva York, en ocasiones concurrentes y ofrecidos de ese modo a la elección de las partes, y cuyo vigoroso influjo es perceptible siempre en las legislaciones nacionales.

Por lo que hace al fondo, la *lex causae* coincidirá a menudo con la *lex contractus*; en su defecto, deberán fijarla los árbitros. Como es lógico, la complejidad de la cuestión se multiplica si se elige más de una ley, o si su aplicación debe cohonestarse con principios generalmente reconocidos del comercio internacional o fórmula análoga, o si directamente se opta por un ordenamiento no estatal —la vieja *lex mercatoria*, por ejemplo— o por la equidad: implícita en la definición de compromiso como «convenio entre litigantes, por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores» (Diccionario de la Real Academia Española, *cit.*).

Y no podemos dejar de mencionar la pléyade, siempre creciente, de normas y directrices de *soft law* —abandonamos un momento la lengua de Ulpiano— no vinculantes, salvo por incorporación: lo que no supone su desaparición como conjuntos normativos con sus principios, estructura y finalidad, ni que no sean capaces, en ocasiones, de integrar el contenido de otras normas, autónomas o heterónomas, estatales o privadas, procesales o sustantivas, como valiosas máximas de experiencia que son en muchos casos.

Esta superposición e interacción de reglas y sistemas jurídicos adquiere perfiles propios, particularmente complejos, en el arbitraje de inversiones, tanto en lo procesal como en lo sustantivo. Por ejemplo, en la idea de jurisprudencia arbitral: no como precedente vinculante, sino como fuente de inspiración, argumento de autoridad, punto de referencia al que seguir o del que apartarse, y que, junto con otros, acabe dibujando tal vez, como en el firmamento, una osa, un carro, un escorpión.

Pues bien, la viga maestra que sostiene las fuerzas, tal vez centrífugas, de tanto módulo constructivo, y evita el desmoronamiento del conjunto, es, seguramente, la ley de la sede. Que viene a hacer de nudo, de nervadura, de clave de bóveda en que se descargan las fuerzas jurídicas que concurren a la regulación de cada litigio: el Derecho procesal, el civil, el mercantil, el internacional público y privado, de uno o varios ordenamientos. Este nudo es —como casi todo lo jurídico— puro nexo formal del que, de hecho, puede prescindirse *in toto* como criterio de atribución de efectos jurídicos; así, v. gr., la Convención de Washington. Pero en la Convención de Nueva York, la sede sigue siendo el elemento sobre el que gravita todo el sistema.

Podría objetarse que la posición central corresponde, más bien, al convenio arbitral, al que de hecho suele aludirse —siempre en terminología arquitectónica— como piedra angular del edificio arbitral. Pero lo cierto es que su eficacia y alcance dependerán, en última instancia, a día de hoy, de la *lex loci arbitratus*. Piénsese en los efectos prorrogatorio y derogatorio del convenio arbitral y en los matices, siempre dispares según la jurisdicción, de su determinación por los árbitros o los jueces. O en el artículo 14 de la Ley peruana, a cuyo tenor «el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado», pudiendo éste vincular «también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». Una ley procesal podrá, tal vez en el futuro, establecer la regla de la acumulación de procesos por conexidad, aun cuando no todos esos procesos hayan sido objeto de compromiso y, por tanto, sin exigir el consentimiento de todas y cada una de las partes; o incluso la remisión a arbitraje como regla general en determinado ámbito, siquiera salvo pacto en contrario. Ello sobrevendrá siempre a expensas del puro consentimiento —que en último término no deja de constituir otro nudo formal de atribución de

consecuencias jurídicas— y a través de la evolución, en sana competencia, de la legislación arbitral comparada, haciendo virtud de su regulación fragmentaria y descentralizada: pues cada *lex* arbitral nacional es impotente, por sí misma, para imponerse al *ius* arbitral transnacional, y se ve forzada a competir con todas las demás en prudencia y buen hacer.

Por todo ello resulta tan interesante el doble tema elegido para este nuevo volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*: la sede y la ley aplicable. Los autores, que aúnan juventud y experiencia, han recogido el guante con pundonor. El resultado es un conjunto de reflexiones independientes, pero hábilmente hilvanadas de la mano de Jorge Luis Collantes, coordinador de esta y tantas otras obras colectivas, siempre interesantes y ambiciosas.

Comienza el propio Dr. Collantes ofreciendo una visión panorámica de las principales consideraciones, teóricas y prácticas que deben acompañar a la elección de la sede y el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio, con especial referencia al *soft law*. La consideración conjunta de ambas cuestiones subraya el sugestivo contraste que se da entre el derecho transnacional como aplicable al fondo, libre tal vez de ataduras nacionales, y su necesario anclaje en un determinado ordenamiento procesal.

A continuación, Guillermo Cabrera González, abogado de Pérez-Llorca en Madrid, expone las consecuencias y funciones del lugar del arbitraje y los mecanismos para su determinación. Pilar Álvarez, asesora legal en la Prosecretaría de la Presidencia de la República del Uruguay, y Yael Ribco, también uruguaya, de la oficina de Shearman & Sterling en Fráncfort del Meno, abordan luego el tema de la sede en el arbitraje de inversión, con su característica convivencia entre el sistema localizado de la Convención de Nueva York y el deslocalizado del CIADI. A continuación, Sylvia Sámano, secretaria general del Centro de Arbitraje de México, muestra cómo interactúan jurídicamente sede y reglamento

arbitral, por ejemplo, al determinar el reglamento la sede, cuya ley pasa luego a marcar los límites de aquél.

Se amplía luego el ámbito de la reflexión para abarcar la ejecución de laudos anulados, con la tensión entre deslocalización y territorialidad que hace este tema siempre tan atractivo y polémico. Mateo Verdías, de Olivera Abogados, en Montevideo, traza un recorrido jurisprudencial comparado a través de algunos de los casos más importantes en esa cuestión. Santiago Escobar y Roberto Cuchí, por su parte, desde la firma Asali, en la Ciudad de México, y con sazonadas referencias a la guerra de Troya y a determinado encuentro futbolístico, de doloroso recuerdo para muchos, en el estadio Maracaná, identifican el sesgo local a veces presente en esta cuestión hasta el punto de correr el riesgo, en muchos casos, de derivar en puro y simple abuso de soberanía.

Pasa la obra, en este punto, al derecho aplicable al fondo del litigio. Comienza Ricardo Padilla, abogado de Carey & Cía, en Santiago de Chile, con unas reflexiones sobre la teoría y método del *trunc commun*: la idea, tan optimista cuanto controvertida, de que puede hallarse, ya las espadas en alto, una base jurídica compartida sobre la cual resolver el litigio a satisfacción de ambas partes. El caso del Eurotúnel, sometido al *trunc commun* de las leyes inglesa y francesa, mostró las limitaciones del método. Sigue Jorge Bogarín, asesor jurídico en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones del Paraguay, con los mecanismos para determinar la ley aplicable al fondo del litigio ante el silencio de las partes. Jacqueline Lopez Wismer, socia de Kniprath Lopez en Berlín y Barcelona —y que no compartirá, seguramente, la tristeza por el resultado de aquel partido en el Maracaná—, se centra en la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en distintos supuestos: cuando se pacta como *lex contractus*; cuando no hay elección alguna de ley aplicable; cuando se excluye la aplicación de leyes nacionales; cuando se designan dos o más ordenamientos nacionales, informando y armonizando su interpretación y aplicación. A continuación, M.^a Inmaculada Rodríguez, profesora y abogada en Costa Rica y

España, diserta sobre la *lex mercatoria* como saludable vuelta a los orígenes, destacando su virtualidad para proporcionar uniformidad y seguridad jurídica.

Toma el testigo Hugo Cardona, abogado boliviano afincado en Madrid, en JM Beneyto & Asociados, con unas enjundiosas consideraciones sobre la *lex causae* en el arbitraje de inversión, cuestión que tan bien ejemplifica la superposición e interacción de sistemas jurídicos a que aludíamos, y que en materia de ley aplicable a los litigios sobre inversiones adquiere especial intensidad. Así, se suceden el derecho interno del Estado receptor, incluidas sus normas de conflicto; el derecho interno del Estado del inversor, v. gr. para dilucidar su condición de inversor como persona física o jurídica; el derecho del contrato, si lo hay; el Derecho internacional público, y muy en particular el acuerdo bilateral de inversiones, con sus estándares de protección, que muy posiblemente acabarán integrándose, como decíamos, por referencia a otros casos anteriores; el Derecho internacional consuetudinario; los principios generales del Derecho internacional.

Concluyen Claudio Salas, abogado neoyorquino, desde Nueva York; María Camila Hoyos, abogada bogotana, desde Londres; y Soledad Peña Plaza, guayaquileña, también desde Londres; los tres de WilmerHale; concluyen, digo, con un estudio comparado sobre la noción jurisprudencial de orden público en sede de *exequatur* en Argentina, Brasil y Colombia, que revela una disparidad de concepciones que, en último término, remite al fuero secundario: de éste depende, en especial, la posibilidad de restringir la idea de orden público, en este contexto, al orden público internacional, en cualquiera de sus formulaciones. Lo cual no deja de ser inevitable si se piensa que, más que un concepto propiamente dicho, el orden público es una cláusula general del ordenamiento y, como tal, carece de *Tatbestand* fijo, de contenido propio, por lo que cierto grado de imprecisión le es consustancial. La cláusula del orden público es, pues, de suyo, hasta cierto punto irreductible a todo intento de armonización. Y aun a la fijación temporal de su contenido en cada

ordenamiento: pues éste se halla siempre, como todo en la vida y en la naturaleza —πάντα ῥεῖ—, en permanente transformación: no nos bañamos dos veces en el mismo río. De ahí, por ejemplo, que las recientes sentencias que el Tribunal Constitucional español ha emitido sobre la cuestión se limiten a llamar, desde un punto de vista externo, a la parsimonia inquisitiva, evitando el «ensanchamiento» o «desbordamiento» de la cláusula del orden público (sentencias 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 65/2021, de 15 de marzo).

El libro que el lector tiene en sus manos consigue, en suma, armonizar voces de muy distinta procedencia, llenas de enriquecedoras reflexiones sobre un tema inagotable. Una nueva contribución, estimulante y sustanciosa, de la fecunda *Biblioteca de Arbitraje* al desarrollo de la ciencia jurídica en lengua española.

Marco de Benito Llopis-Llombart
Catedrático Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE
University, Madrid
Fundador, Marco de Benito Estudio de Arbitraje

LA IMPORTANCIA DE LA SEDE Y DEL ORDENAMIENTO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Jorge Luis Collantes González*

Sumario: 1. Introducción.— 2. Importancia de la sede.— 2.1. La necesidad de salvaguardar la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional.— 2.2. La importancia de fijar claramente la sede a fin de evitar el *forum shopping*.— 2.3. El orden público en la impugnación, nulidad y no reconocimiento del laudo.— 2.4. El factor costes en la elección de la sede.— 3. La complicación derivada de la omisión de la sede.— 4. La importancia de la elección del ordenamiento aplicable.— 4.1. El *soft law* entre los desafíos del arbitraje en un mundo cambiante.— 4.2. La *lex mercatoria* como un orden jurídico aplicable.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, a través de la cláusula arbitral, las partes del contrato pueden acordar detalles del litigio en caso de una eventual diferencia futura. A través de esta cláusula, las partes del contrato pueden elegir los árbitros, el ordenamiento aplicable al fondo del asunto, el idioma del procedimiento, pactar plazos, etcétera; se trata de elecciones sencillas, pero no intrascendentes y hechas al amparo de la autonomía de la voluntad. Efectivamente, la elección de la sede en un arbitraje internacional

* Doctor en Derecho, UPVD, Francia.

es importante porque implica la asunción de la legislación de un Estado como *lex arbitri*, es decir, como la ley que rige el procedimiento arbitral (si se elige París como sede de un arbitraje, la *lex arbitri* será la legislación francesa; si elegimos Ámsterdam, será la ley holandesa; si elegimos Barcelona o Madrid, será la Ley española de arbitraje de 2003; etcétera). Y sea cual sea la elección de la sede, la voluntad de las partes está presente en esa elección.

La autonomía de la voluntad rige también en la elección del ordenamiento aplicable. Con el término «ordenamiento aplicable» se alude al conjunto de normas y principios en atención a los cuales los árbitros se pronunciarán sobre la cuestión de fondo en un litigio. La práctica arbitral ha ido dando un especial protagonismo al derecho no estatal y ha asumido con naturalidad el *soft law*, la *lex mercatoria* y los principios generales del derecho, los cuales «no son creados por la ley»,¹ pero están presentes en el ámbito jurídico, aun cuando el término «general» pueda ser ambiguo. Interesantemente, el profesor Emmanuel Gaillard reflexionaba y precisaba:

The very meaning of the word «general» is ambiguous: are the principles «general» because they operate at a level of generality such that they are limited to broad precepts such as good faith or *pacta sunt servanda*, or are they «general» because they are accepted in a large number of legal systems around the world? The confusion is all the more persistent that certain principles are general in both meanings, while others are «general» only in the latter sense. Good faith is a broad precept and is recognized in virtually all legal systems. A party's duty to mitigate its losses is a very specific rule pertaining to the assessment of damages; it is nonetheless «general» in that it is accepted in the vast majority of legal systems. Only the second meaning comes into play when one considers the arbitrators discretion to resort to general principles of law.²

¹ MARCHAL, Pierre. *Principes généraux du droit*. Bruselas: Bruylant, 2014, título de la sección 1 del capítulo 3.

² GAILLARD, Emmanuel. «General principles of Law in International Commercial Arbitration-Challenging The Myths». En *World Arbitration & Mediation Review*, 2011, n.º 3, vol. 5, p. 161.

La discrecionalidad de los árbitros permite suplir ciertas carencias del convenio arbitral como, por ejemplo, la omisión del ordenamiento aplicable, tema que a su vez no está desvinculado del tema la sede del arbitraje en la medida que los árbitros pueden recurrir al derecho internacional privado de la sede para determinar el ordenamiento aplicable a la cuestión de fondo, lo cual evidencia que ambos temas pueden estar conexos; pero éstos también pueden aparecer como problemas separados, dependiendo del litigio del que se trate. En todo caso, ambos temas son de especial importancia en la práctica arbitral como veremos a continuación, sin perder de vista el título de las contribuciones de los distintos juristas en este libro.

2. IMPORTANCIA DE LA SEDE

En el contexto de la elección de la sede, hay cuestiones relativas al procedimiento arbitral que no pasan desapercibidas como, por ejemplo, la reconvencción, la renuencia a la elección de los árbitros y la designación judicial de los árbitros o, incluso, la eventual nulidad del laudo arbitral. Por la magnitud de los temas arbitrales inmersos en la elección de la sede, ésta no puede ser dejada al azar y demanda especial diligencia a la hora de acordarla.

La legislación arbitral y los razonamientos judiciales precedentes de una jurisdicción pueden alentar o desalentar la elección de tal o cual lugar como la sede de arbitrajes comerciales internacionales. Efectivamente, para que una jurisdicción inspire confianza en la elección de la sede, no bastaría con que tenga una legislación arbitral formalmente aceptable, formidable, progresista o de vanguardia, sino que también haría falta que la abogacía local y el sistema judicial estén familiarizados con los principios y usos de la práctica arbitral, tales como el principio de intervención judicial mínima,³ de modo tal que las partes del contrato y

³ Al respecto véase, entre otros: SALA SÁNCHEZ, Pascual. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones». En *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 2, vol. IX, pp. 333-367.

del eventual litigio y el aparato judicial tengan por respetada la autonomía de la voluntad inicial de las partes cuando la decisión de los árbitros —plasmada en el laudo arbitral— sea emitida. En este sentido, es sabido que Londres, Nueva York, Miami, París, Singapur, Ginebra y Zúrich son consideradas como sedes de arbitraje seguras; sin embargo, no son las únicas. A la par del auge del arbitraje comercial internacional entre los países de habla hispana, Madrid emerge como sede de arbitrajes internacionales en los últimos años.⁴

La posición geográfica de España, el idioma, su ordenamiento jurídico, sus comunicaciones, su especial relación con Latinoamérica y la cualificación de juristas en materia arbitral permiten, entre otras razones,⁵ comprender por qué emerge en el mapamundi de los arbitrajes internacionales, máxime si se tiene en cuenta la reciente jurisprudencia constitucional.

Parafraseando a Guillermo Cabrera, la sede del arbitraje aparece como un «vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción». En efecto, es cierto que el arbitraje limita la competencia de la justicia ordinaria.⁶ Esta limitación también podría —como comenta Sylvia Sámano— «conllevar a la presunción de que el arbitraje no guarda

⁴ Véase el estudio CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE Y PROMOMADRID. *Madrid, sede de arbitraje internacional. Ventajas competitivas. Resumen del estudio.* (s.f.). Recuperado de <<http://www.mootmadrid.es/2012/files/2012/05/MadridSedeDeArbitrajeInternacional.pdf>>.

⁵ Véase CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. *Informe de la Comisión para promover España como sede de arbitraje internacional.* Madrid: 2019. Recuperado de <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/08/Informe-Espa%C3%B1a-como-sede-de-Arbitraje_v.f.pdf>.

⁶ En España, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, bajo la rúbrica del «Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal» estima lo siguiente:

«1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

relación con ninguna jurisdicción estatal y que es un procedimiento privado totalmente independiente de cualquier Estado»; sin embargo, tal presunción no sería del todo exacta en la medida que —como prosigue— «la mayoría de las legislaciones de arbitraje de los países prevén las implicaciones legales que conlleva para el arbitraje la elección de la sede». En este sentido, aún sin contradecir el parecer según el cual el árbitro no tiene foro y/o sin dejar de lado la polémica existente alrededor del tema de la ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje,⁷ en la práctica no es posible desterrar la conexión entre la sede y los tribunales ordinarios de la sede, ni entre el laudo y su ejecución en diferentes Estados, sino que más bien estas conexiones demandan estar a la expectativa de diversos aspectos como cuando, por ejemplo, ante la solicitud de ejecutar un laudo anulado, los tribunales estatales «se enfrentan a la difícil tarea de elegir entre dos caminos contrapuestos: el laudo original o la sentencia de nulidad», parafraseando a Santiago Escobar Magaña y a Roberto Cuchí.

En el marco del arbitraje de inversiones, el tema de la sede también es de interés, si bien los arbitrajes en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) aparecen como deslocalizados en la medida que éstos no guardan conexión con jurisdicción alguna, a tal punto que los laudos Ciadi no necesitan *exequatur*.⁸ El arbitraje Ciadi presenta un régimen específico y sui generis en comparación con otros arbitrajes. Comentan Yael Ribco y Pilar Álvarez: «Desde el punto de vista procesal y de relevancia de la sede, el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi tiene características similares al arbitraje comercial». No obstante, ellas también anotan que «ello no debe implicar una inclinación *a priori* en favor de dicho foro arbitral, sino que deberemos evaluarlo caso a caso».

⁷ Véase en la presente obra colectiva la contribución de Mateo Verdías: «La ejecutabilidad de los laudos arbitrales internacionales anulados por la justicia de la sede del arbitraje».

⁸ En el ámbito Ciadi, téngase presente las particularidades del mecanismo complementario.

Retomando el arbitraje comercial internacional, la elección de la sede demanda seriedad por razones como las siguientes: en primer lugar, las partes de un contencioso ya tienen suficiente problema con haber llegado a un litigio; en este sentido, las «sorpresas» judiciales podrían acrecentar el problema y la tensión entre las partes. Una buena elección de sede reduce los riesgos de sorpresas. En segundo lugar, una *lex arbitri* deficitaria, o alejada de los estándares internacionales del arbitraje, podría aumentar el riesgo de lo expuesto. En tercer lugar, en las sedes conocidas como seguras, los árbitros y los despachos de abogados han ganado un prestigio y es razonable que tiendan a conservarlo en medio de un entorno profesional competitivo. En cuarto lugar, las sedes seguras cuentan con instituciones arbitrales de prestigio. En quinto lugar, no sería raro que las sedes seguras intenten mantenerse en el radar de los eventuales litigantes arbitrales, lo cual les obligaría a velar por seguir siendo una sede segura. Y en sexto lugar, un laudo proveniente de un litigio arbitral desarrollado en una sede segura podría tener menor riesgo de ser rechazado en otras jurisdicciones a la hora de que se pretenda homologar y ejecutar el laudo.

2.1. La necesidad de salvaguardar la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional

En el ámbito del arbitraje y de los contratos, es sabido que la autonomía de la voluntad, reflejada en el convenio arbitral, es suficiente para vetar la competencia de los tribunales ordinarios. En esta línea, resulta de especial interés la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) español aludiendo la autonomía de la voluntad en el marco de la Constitución (CE). En esta línea, en la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 15 de febrero de 2021, el TC explicó lo siguiente:

Pues bien, en la reciente STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral —tal como la configura la propia Ley de Arbitraje— es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la

autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.⁹

Por su parte, el citado artículo 10 CE indica, por un lado, lo siguiente:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Y, por otro lado:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Si la jurisprudencia citada contextualiza la autonomía de la voluntad en el artículo 10 CE, es importante tener presente, por un lado, que este artículo se ubica en el marco de «los derechos y deberes fundamentales» de la CE y, por otro lado, que este precepto remite, en lo que concierne a su interpretación, al derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, estimamos oportuno anotar que compartimos con Alexis Mourre la opinión según la cual el arbitraje «es fundamentalmente un ejercicio de la libertad humana».¹⁰ La elección de la sede y del ordenamiento aplicable son parte del ejercicio de esa libertad, como otras cuestiones que se pueden pactar libremente en un arbitraje.

⁹ Página 17.

¹⁰ MOURRE, Alexis. *La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional. X Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. Madrid: CEU Ediciones, 2018, p. 5. Recuperado de <<https://www.idec.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>>.

2.2. *La importancia de fijar claramente la sede a fin de evitar el forum shopping*

En líneas generales, una noción elemental de *forum shopping* identifica este término con la búsqueda de un foro de conveniencia y sin relación con el objeto de una controversia,¹¹ lo cual se puede dar si una parte del contrato busca una jurisdicción que le favorezca. La conveniencia de una jurisdicción determinada no siempre puede ser de índole económica (búsqueda de una mayor indemnización) o por razones de derecho sustantivo (búsqueda de normas más favorables a un caso concreto), sino también puede ser de carácter procedimental en la medida que una de las partes pueda tratar de llegar a la aplicabilidad de la norma procesal de conveniencia en diversas materias del litigio. Tal actitud conduciría a la otra parte a una inesperada batalla legal en aras de demostrar que nunca hubo una intención de las partes de someter una diferencia a los tribunales ante los que se ha planteado un asunto.

Una cláusula arbitral fijando claramente la sede del arbitraje eliminaría el riesgo de *forum shopping* judicial en tanto que esta cláusula tendría como efecto la incompetencia de los tribunales estatales (si no hay tribunal estatal competente en virtud de la cláusula arbitral, sería inútil intentar buscar una justicia estatal). Sin embargo, hablar de *forum shopping* en el marco de la sede del arbitraje internacional no es tan descabellado en la medida en que una de las partes pueda percibir que la ley arbitral de un Estado le sea más beneficiosa.¹²

¹¹ Por ejemplo, el profesor J. James Fawcett en el marco de la Academia de Derecho Internacional de La Haya identifica el *forum shopping* como una «phrase that is loosely used to describe the process by which “[...] litigants may now be encouraged to proceed in foreign jurisdictions, having no connection with the subject-matter of the dispute, which exercise an exceptionally broad jurisdiction and which offer such great inducements, in particular greatly enhanced, even punitive, damages, that they may tempt litigants to pursue their remedies there”». FAWCETT, James. «Products Liability in Private International Law: A European Perspective». En *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1993, vol. 238, p. 96.

¹² En este sentido, los profesores DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «*Forum Shopping, Lex Fori, Lex Contractus*». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis.

2.3. *El orden público en la impugnación, nulidad y no reconocimiento del laudo*

Si la elección de la sede entraña la elección *ipso iure* de la *lex arbitri*, no hay que olvidar que la impugnación y la acción de nulidad del laudo se rigen por el derecho de la sede y, en este contexto, es importante mantener presente que uno de los factores que inciden en la anulación del laudo es el orden público, el cual es un concepto jurídico indeterminado. Si el orden público es indeterminado y a la vez es relevante para determinar la nulidad, es comprensible que, en la elección de la sede, los abogados de las partes intenten evitar jurisdicciones que no inspiren confianza. Y es que el tema del orden público no es baladí si se considera que la misma Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, hecha en Nueva York, reconoce que el orden público permite a la justicia de un Estado no reconocer el laudo de un tribunal arbitral cuya sede ha sido otra jurisdicción.¹³

El orden público es percibido como un tema de alta complejidad. Como resumen Claudio Salas, María Camila Hoyos y Soledad Peña: «pocos debates en el derecho internacional son más complejos de abordar que la definición y el alcance del orden público específicamente aplicado al ámbito del arbitraje internacional dentro del contexto de la Convención de Nueva York».

Si ya el tema del orden público es complejo en el ámbito de un texto internacionalmente consensuado como la Convención de Nueva York,

Enciclopedia del Arbitraje. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Castillo Freyre, vol. 48, 2018, p. 42.

¹³ El artículo V.2. de esta convención indica lo siguiente:

«También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

no sería de extrañar que también lo sea en el ámbito interno de cada Estado. Si cada Estado tiene su orden público a salvaguardar, la salvaguardia de este concepto jurídico indeterminado puede prestarse a interpretaciones, ambigüedades e incertidumbres. De allí que cuanto menos ambigüedades e incertidumbres ofrezca una jurisdicción, mayor grado de seguridad jurídica pueda ofrecer y, correlativamente, mayor confianza puede inspirar en el escenario internacional. En este sentido, la STC de 15 de junio de 2020 y la STC de 15 de febrero de 2021 han reforzado a España como sede segura para el arbitraje internacional, alejándose de —parafraseando a Javier Íscar— «interpretaciones invasivas e invasoras de la esencia del arbitraje haciendo una interpretación incomprensible del orden público material y procesal»,¹⁴ quien anota también que «una resolución arbitral sólo puede ser anulada con amparo en la noción de orden público si puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional».¹⁵

La impugnación del laudo no debe ser vista como una tentación al recurso sobre el fondo del asunto porque ello no está permitido, sino más bien ejercida de buena fe y en los supuestos tasados por la ley.¹⁶

¹⁴ ISCAR DE HOYOS, Javier. «El Tribunal Constitucional refuerza a España como sede segura en arbitraje internacional». En *El Jurista*, 12 de marzo de 2021. Recuperado de <<https://www.eljurista.eu/2021/03/12/el-tribunal-constitucional-refuerza-a-espana-como-sede-segura-en-arbitraje-internacional/>>.

¹⁵ *Ibidem*. Véase también la STC de 15 de marzo de 2021. Respecto de la jurisprudencia del TC que se viene citando, véase el número monográfico de *La Ley. Mediación y arbitraje*, titulado y dedicado a *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, n.º 6, 2021. El índice se puede ver en la web de dialnet.

¹⁶ El artículo 41 de la Ley española de arbitraje prevé lo siguiente:

- «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
 - e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f) Que el laudo es contrario al orden público.

2.4. El factor costes en la elección de la sede

Junto a los factores jurídicos en la elección de la sede, hay otros factores que no pasan desapercibidos. El factor económico es uno de ellos. Los costes de litigar en una u otra jurisdicción pueden ser determinantes a la hora de elegir una sede (honorarios de abogados locales, honorarios de los árbitros, impuestos a los servicios jurídicos, etcétera), las comunicaciones de la ciudad elegida, la infraestructura de la misma, etcétera, pueden incidir en la decisión de la elección de la sede. La ubicación geográfica y el conjunto de factores citados pueden incidir en la elección de determinada sede en un contexto regional o interregional. Por ejemplo, la elección de Barcelona en el ámbito del Mediterráneo y euromediterráneo aparece como una formidable opción que no pasa desapercibida, sin perder de vista que la Ciudad Condal podría satisfacer expectativas arbitrales en el marco del comercio mundial.

3. LA COMPLICACIÓN DERIVADA DE LA OMISIÓN DE LA SEDE

La ausencia de la elección de la sede en un convenio arbitral puede ser, sin duda, un defecto relevante y con incidencias futuras. Este defecto no necesariamente siempre convierte al convenio arbitral en patológico por inoperativo, al menos esto es lo que se refleja en el derecho y la práctica comparados. En efecto, la justicia estatal podría subsanar este incidente y, en consecuencia, un procedimiento arbitral podría no verse frustrado incluso cuando, al hilo de la no elección de sede, existan incidentes posteriores como, por ejemplo, una no elección de árbitro por una de las

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla».

partes (lo cual *a priori* podría dar la impresión de un bloqueo para el procedimiento arbitral).

Interesantemente, Alexis Mourre, en la *Enciclopedia del arbitraje*, explica que, en el escenario de una no elección de sede y ante riesgo de degeneración de justicia, el derecho francés ha asumido una suerte de «competencia universal» del juez de apoyo¹⁷ en sintonía con el foro de necesidad. El aludido criterio francés es razonable, tranquilizador y no está lejos del nombramiento judicial del árbitro en caso de que una parte se negara a la elección de un árbitro bajo la amenaza conducir una cláusula arbitral a la inoperatividad. Bajo esta lógica, cualquier Estado podría desbloquear una situación procedimentalmente difícil derivada de la omisión de la sede; sin embargo, en este contexto cabe anotar que podría existir el riesgo de que la justicia de un Estado sin separación de poderes, o de justicia no independiente, pudiera tomar cartas en el asunto, supuesto que no estaría lejos del *forum shopping* en la medida que una de las partes pueda verse tentada a acudir a tal jurisdicción en tanto que le sería favorable ya no por cuestiones jurídicas. Si esto es así y se llegara a la indeseable situación en la que una justicia no independiente nombrara judicialmente a los árbitros con criterios arbitrarios y al margen de los estándares internacionales del arbitraje,¹⁸ el orden público de los demás Estados podría emerger como un factor relevante en el ámbito de la ejecución de tal laudo.

¹⁷ «El art. 1505.4 del Código Procesal Civil francés (el cual resulta del Decreto n.º 2011-48 del 13 de enero de 2011) reconoce expresamente la competencia del juez de apoyo francés, en caso de que exista un riesgo de denegación de justicia. Este artículo se refiere únicamente a un riesgo de denegación de justicia y no hace referencia a la necesidad de un vínculo entre el foro y la disputa, de modo que se le reconoce al juez de apoyo francés una competencia universal». MOURRE, Alexis. «Foro de necesidad». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Enciclopedia del Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Castillo Freyre, vol. 48, 2018, p. 36.

¹⁸ Piénsese en un derecho estatal que no admite recusaciones a los árbitros, o en Estados en los que el nombramiento judicial de los árbitros recae en personas no cualificadas, pero «ceranas» a un régimen no democrático.

4. LA IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE

En líneas generales, la elección de un derecho estatal como el ordenamiento aplicable al fondo de un litigio implica la asunción de un conjunto de normas de un Estado, entre las que pueden estar diversos tratados internacionales¹⁹ y también los principios generales del derecho.²⁰ Nosotros hemos preferido rotular este ítem con el término «ordenamiento aplicable» en lugar de «derecho aplicable» o «ley aplicable» en la medida que el ordenamiento aplicable puede ser percibido como un término más amplio y que comprende la ley escrita, el derecho no escrito (*lex mercatoria*, los usos y costumbres mercantiles, los principios generales del derecho), incluyendo el *soft law*.

En el marco del arbitraje de inversiones, el tema del ordenamiento aplicable es complejo. En él concurren el derecho internacional y el derecho interno, máxime si se tiene en cuenta que el derecho de las inversiones internacionales es un sector del derecho internacional público que no cierra sus puertas a la función del derecho internacional privado en la elección del ordenamiento aplicable en tanto que, como apunta Hugo Cardona, se trata de «una técnica perteneciente al tríptico de cuestiones jurídicas del derecho internacional privado (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones) que es útil en el campo del arbitraje internacional de inversiones». En

¹⁹ En España, los tratados internacionales forman parte del derecho interno en atención al artículo 96.1 CE.

²⁰ En España, los principios generales del derecho son parte del ordenamiento. El artículo 1 del Código civil establece lo siguiente:

«1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

[...]

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

[...]

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

realidad, la técnica del derecho internacional privado no es ajena ni al arbitraje comercial internacional ni al arbitraje de inversiones, si bien parecería que el arbitraje se apartaría de la lógica del derecho internacional privado en el sentido de que el derecho internacional privado actualmente se desarrolla a partir de una sociedad internacional²¹ donde coexisten diversos ordenamientos jurídicos, mientras que el arbitraje asume, y se desarrolla, a partir de la autonomía de la voluntad de las partes inmersas en una diferencia o en un contrato,²² el cual se articula como un orden jurídico espontáneo.²³

Con todo, la aludida técnica del derecho internacional privado también está presente en el arbitraje de diversas maneras como, por ejemplo, cuando las partes deciden vetar la competencia de la justicia ordinaria, cuando eligen el ordenamiento aplicable al fondo del asunto o cuando se solicita la homologación y ejecución de un laudo extranjero. Es más, en el arbitraje de inversiones no se debería olvidar que hay tratados de protección de inversiones que indican acudir directamente a las normas de derecho internacional privado.²⁴

4.1. *El soft law entre los desafíos del arbitraje en un mundo cambiante*

La neutralidad que ofrece un tribunal arbitral es una ventaja del arbitraje respecto de los tribunales nacionales de los países de la nacionalidad de

²¹ Y, actualmente, de configuración interestatal, para ser más exactos.

²² Véase: CRÉPET-DAIGREMONT, Claire. «L'arbitrage international des contrats d'investissement, entre droit international public et droit international privé». En *Droit international et culture juridique: mélanges offerts à Charles Leben*. París: Pédone, 2015, pp. 285-308. También: KJOS, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*. New York: Oxford University Press, 2013, pp. 62-67.

²³ Véase: DE BENITO, Marco y Sonsoles HUERTA DE SOTO. «El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo». En *Spain Arbitration Review*, 2015, n.º 22, pp. 113-128.

²⁴ Por ejemplo, el artículo 10.5 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 1991, señala lo siguiente: «El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional».

las partes en un contrato, dado que cada una de estas partes podrían sentirse más «seguras» litigando ante la justicia de su país ante eventuales disputas en detrimento de la otra parte. Pero como anota Ricardo Padilla «dicha neutralidad perdería lugar si para resolver la controversia se impusiese a una de las partes —sorpresivamente— el ordenamiento jurídico nacional de la otra». En este contexto, la elección de un ordenamiento anacional como el *soft law* se torna interesante.

El profesor Felix J. Dasser, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, describe el *soft law* como un «oxímoron».²⁵ El Diccionario de la Real Academia Española, a su vez, detalla el término «oxímoron» como la ‘combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador’. Si entendemos que *soft* implica que no es obligatorio y si asumimos que el derecho (*law*) es obligatorio, evidentemente hay una contradicción sintáctica. En lo que respecta al *soft law*, éste puede facilitar el procedimiento arbitral y la decisión sobre la cuestión de fondo, si bien el término encierra complejidad ya que, como el profesor Dasser indica, si el tema fuera «tan simple, no habría un curso completo sobre *soft law* en el arbitraje comercial internacional».²⁶

Pese a la complejidad que entraña el término, el *soft law* puede cubrir la necesidad de contar con un ordenamiento que se identifique con los principios generales del derecho. En este sentido, los principios Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales pueden colmar esta necesidad en tanto que constituyen un *corpus iuris* ordenado aplicable en diversas situaciones internacionalizadas, adaptándose a las particularidades

²⁵ DASSER, Felix. «“Soft Law” in International Commercial Arbitration». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2019, vol. 402, p. 397.

²⁶ «If it is “soft”, if it cannot hurt, it is not law. If it is law, it is not soft, it can be enforced, and enforcement may hurt. If it were as simple as that, there would not be a whole course on Soft Law in International Commercial Arbitration». *Ibidem*.

que cada caso puede presentar.²⁷ Incluso, como anota Jacqueline López, los principios Unidroit bien podrían «resolver problemas cruciales en la realidad entre las partes de forma conciliadora».²⁸ Distanciándose, de cierta manera, de la justicia de los Estados —la que puede resolver casos internacionalizados con la ayuda del derecho internacional privado—, el arbitraje puede ser visto como una justicia transnacional en la medida que los árbitros pueden aplicar con mayor facilidad el *soft law* sin las limitaciones que podría tener una justicia ordinaria, la cual tiende a aplicar el derecho estatal, los tratados internacionales o un derecho extranjero como consecuencia de la operatividad de las normas de conflicto. En este contexto, el profesor Jean-Michel Jacquet precisa que no es sorprendente que el arbitraje aparezca como:

[...] una justicia que se distingue de las justicias estatales cuya convivencia el derecho internacional privado organiza habitualmente. Mientras que estas justicias son, en lo esencial, nacionales, el arbitraje aparece desde el principio como una justicia transnacional, la cual por su carácter privado se distingue aún más en relación con las justicias estatales.²⁹

El arbitraje tiene, entre sus desafíos, el reto de seguir implementando su presencia como una justicia transnacional en los contratos comerciales con partes de diferentes lugares del mundo, incluyendo los contratos internacionales de pequeña y mediana envergadura. En realidad, los desafíos del arbitraje son diversos y pueden cambiar, o ser más acentuados, de un lugar a otro, de una región a otra. Desde un punto de vista pedagógico, conviene citar que el profesor Dasser ordena los retos

²⁷ El Preámbulo de los principios Unidroit de 2016 encontramos, sobre la aplicación de estos principios, lo siguiente: «They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like».

²⁸ El comentario del artículo 10.7 de los principios Unidroit 2016, precisamente, se muestra favorable a la conciliación: «Before resorting to judicial proceedings or arbitration, parties may start negotiations or agree on conciliation or other forms of alternative dispute resolution». INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Unidroit Principles Of International Commercial Contracts 2016*. Roma: Unidroit, 2016. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>.

²⁹ JACQUET, Jean-Michel. «Droit international privé et arbitrage commercial international». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2019, vol. 396, p. 17.

actuales del arbitraje comercial internacional y anota que éstos serían los siguientes: el choque de culturas; la expansión en las nuevas regiones;³⁰ los aspectos éticos, en el marco de lo cual un abogado podría verse conernido por una doble normativa;³¹ el incremento de la judicialización y la percepción de cierta «paranoia» con relación al debido proceso;³² la duración y los costos del arbitraje; la transparencia; la ausencia de publicación de la jurisprudencia; la desconfianza del Estado al arbitraje. Visto este conjunto de desafíos (que ameritan ser leídos en el *recueil* de la Academia de La Haya), el *soft law* no sería una panacea para todos los desafíos del arbitraje, pero bien podría mitigar el choque entre culturas jurídicas.

En el marco del *soft law*, los principios Unidroit sobre los contratos comerciales mercantiles internacionales podrían ser vistos como un punto de convergencia, o de aproximación, entre las distintas tradiciones

³⁰ En lo que respecta al arbitraje comercial internacional (ICA,) anotó lo siguiente: «Arbitration in the modern sense may have taken off in Europe and other Western countries, but today has become truly global, with a large focus on East and South-East Asia, but also Latin America, where it was almost non-existent in the past due to statutory prohibitions. It is also becoming increasingly popular in Africa. All of these regions have their own traditions and expectations in dispute resolution. Thus, while the expansion of ICA into these regions has added different flavours to the traditional recipes, it also has the potential of bringing about further clashes of cultures [...]: arbitration as it is understood from an English law perspective is not the same as an American approach to arbitration, just as the views of a Chinese practitioner on how arbitration should work will not be the same as that of, for example, a Swiss arbitrator», DASSER, Felix. *Op. cit.*, p. 404. Compartimos la citada opinión. Y, en la medida en que las nuevas generaciones de juristas estén más familiarizadas con la práctica internacional del arbitraje y con el *soft law*, el choque y las distancias tenderían a alejarse, o, al menos, el choque de culturas jurídicas podría ser menor en la medida que las culturas jurídicas no sean tan desconocidas y, a la vez, se asuma el *soft law* como un ordenamiento jurídico adaptado a la realidad y más aceptable entre las partes que un derecho estatal. El choque puede aparecer en las distintas ramas del derecho, pero en la medida en que la globalización y la sectorialización de la actividad económica se acentúan, los juristas de tales sectores —en mayor o menor medida— pueden recortar distancias. En este escenario, la *lex mercatoria* y la nueva *lex mercatoria* acentúan también su protagonismo y el arbitraje podría ser fiel testigo de ello.

³¹ DASSER, Felix. *Op. cit.*, pp. 404-405.

³² *Idem*, p. 406.

jurídicas de la humanidad.³³ En esta dirección cabe anotar que la asunción del *soft law* no es contraria a la tradición continental. Los principios Unidroit son también un fiel reflejo de esta afirmación. Basta con ver la procedencia de los miembros del grupo de trabajo para la preparación de los principios Unidroit y de los juristas observadores para comprender que el *soft law* no solamente puede ser asimilado por la justicia de tradición continental, sino que éste puede brotar desde la tradición continental sin excluir otras tradiciones y/o percepciones jurídicas.³⁴

Por otro lado, la jurisprudencia de los Estados también tiene un rol importante en la asimilación del *soft law*, al cual se recurre en el arbitraje. Sirva simplemente como ejemplo una sentencia de 28 de febrero de 2017 de la Corte de apelación de París,³⁵ con relación a las reglas de la IBA. Esta jurisprudencia cita el artículo 9.5 de las reglas de la IBA, regla con el siguiente tenor:

Si una Parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte.

Según la sentencia de la Corte de apelación de París:

[...] la orden procedimental n.º 1 establece que el tribunal arbitral deberá basarse en las Reglas de la IBA [...] En el presente caso, se pidió a los

³³ Es interesante subrayar, como el profesor Lauro da Gama e Souza Júnior ha anotado, «des Principes d'UNIDROIT ne contiennent pas de notes comparatives indiquant les sources d'inspiration de leurs règles et principes». DA GAMA, Lauro. «Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2020, vol. 406, p. 54.

³⁴ Téngase presente que en 1980 se creó el primer grupo de trabajo, donde estaban representados el *civil law*, el *common law* e incluso países del llamado entonces bloque socialista. OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Los principios Unidroit para los contratos internacionales». En *Dikaion*, 2009, vol. 11 (2002), p. 99.

³⁵ *Pôle 1, chambre 1*, 28 Février 2017, n.º 15/06036.

demandados que presentaran los informes de auditoría [...] De ello deduce la mayoría de los árbitros del tribunal arbitral que esos documentos serían perjudiciales para los intereses de los demandados, en particular en la medida en que pudieran demostrar que los demandados tenían conocimiento efectivo de la violación de los artículos [...].³⁶

En lo que concierne a una eventual desafección estatal al *soft law*, o un temor a asumirlo o a aplicarlo, quizá parte del problema podría ser que, en determinados países, los funcionarios del Estado estarían formados dentro de una perspectiva jurídica donde prima el derecho del Estado y donde el derecho internacional público y privado, el arbitraje y el derecho comparado no reciben demasiada atención en la formación de funcionarios. No obstante, asimilar el *soft law* es también un desafío, en mayor o menor intensidad, para diferentes Estados³⁷ y esta asimilación puede facilitar las ineludibles relaciones entre el arbitraje y la justicia de los Estados.

4.2. *La lex mercatoria como un orden jurídico aplicable*

Como sabemos, en el derecho internacional privado la determinación de la ley aplicable ocupa un lugar especial en la disciplina. Y si de esto se trata, el mismo derecho internacional privado asume instrumentos jurídicos no estatales en materia de ordenamiento aplicable, sin dejar de lado la autonomía de la voluntad; pero ello no desmiente la reticencia que —en macroperspectiva— podría haber, o haber habido, en algunas jurisdicciones en lo que concierne a aplicar la *lex mercatoria*. En este escenario, parece que el arbitraje se distancia del derecho internacional

³⁶ *Paragraphe 291.*

³⁷ Téngase presente que los principios Unidroit pueden complementar un ordenamiento estatal, ser útiles para la interpretación del derecho uniforme o servir como guía al legislador. Véase: PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción. «Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, n.º 1, vol. 6, pp. 257-261; GARRO, Alejandro y José Antonio MORENO RODRÍGUEZ. «The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws». En GARRO, Alejandro y José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (editores). *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Nueva York: Springer, 2021, pp. 1-38.

privado. Como explica el profesor Lauro da Gama en el marco de su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya:

La elección y la aplicación de la *lex mercatoria* se realizan más fácilmente en el contexto arbitral, mientras que generalmente están prohibidas ante el juez estatal, porque los sistemas de derecho internacional privado son más bien reacios a la elección de una ley no estatal que rija el contrato internacional. G. Bermann califica, pues, el arbitraje internacional como una empresa distinta del derecho internacional privado.³⁸

Se trata de un comentario muy interesante y de actualidad, si bien no todos los Estados son igualmente reacios a los ordenamientos no estatales, ni a la *lex mercatoria*, y en la medida de qué sector y/o jurisdicción se trate se podría encontrar mayor o menor reticencia por parte de la justicia ordinaria. Cuando aparece la reticencia descrita por el profesor Lauro da Gama, la necesidad de acudir al arbitraje es mucho más acentuada. En todo caso, no es raro que los árbitros apliquen la *lex mercatoria*, sobre todo en el escenario en el que —recuerda Jorge Bogarín— ante el silencio de las partes, los árbitros deban «decidir si tienen la absoluta discreción de elegir la legislación aplicable al fondo de la controversia o si deben guiarse por lo dispuesto por el sistema de conflicto de leyes de uno o más Estados».³⁹

El arbitraje aparece como un mecanismo más completo que la justicia de los Estados en el sentido de que —explica el profesor Lauro da Gama—: «Cuando la regla de conflicto tradicional, modelada según la perspectiva nacionalista, se confronta a reglas uniformes transnacionales, sin conexión territorial definida, se crea una tensión palpable».⁴⁰ Ante las eventuales consecuencias de tal tensión, una opción sería la adopción de una cláusula arbitral donde se fije con claridad no solamente la sede del

³⁸ DA GAMA, Lauro. *Op. cit.*, p. 75.

³⁹ Orientativamente, la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 2006 de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Intenacional (Uncitral) señala lo siguiente: «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables».

⁴⁰ *Idem*, p. 119.

arbitraje, sino también el ordenamiento aplicable, entendiendo que el término «ordenamiento aplicable» no excluye ni el *soft law*, ni la *lex mercatoria*, ni el derecho uniforme en un mundo en el que —apunta Inmaculada Rodríguez— las relaciones económicas internacionales se han intensificado «creciendo una insatisfacción frente a la jurisdicción como medio natural para solucionar los litigios». En este escenario, el arbitraje confirma su idoneidad en la solución de conflictos en una sociedad internacional como la nuestra, donde la vida de las personas y la actividad de las empresas son cada vez más transfronterizas.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. *Informe de la Comisión para promover España como sede de arbitraje internacional*. Madrid: 2019. Recuperado de <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/08/Informe-Espa%C3%B1a-como-sede-de-Arbitraje_v.f..pdf>.

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE Y PROMOMADRID. *Madrid, sede de arbitraje internacional. Ventajas competitivas. Resumen del estudio*. (s.f.). Recuperado de <<http://www.mootmadrid.es/2012/files/2012/05/MadridSedeDeArbitrajeInternacional.pdf>>.

CRÉPET-DAIGREMONT, Claire. «L'arbitrage international des contrats d'investissement, entre droit international public et droit international privé». En *Droit international et culture juridique: mélanges offerts à Charles Leben*. París: Pédone, 2015.

DA GAMA, Lauro. «Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2020, vol. 406.

DASSER, Felix. «“Soft Law” in International Commercial Arbitration». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2019, vol. 402

DE BENITO, Marco y Sonsoles HUERTA DE SOTO. «El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo». En *Spain Arbitration Review*, 2015, n.º 22.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «*Forum Shopping, Lex Fori, Lex Contractus*». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Enciclopedia del Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Castillo Freyre, vol. 48, 2018.

FAWCETT, James. «Products Liability in Private International Law: A European Perspective». En *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1993, vol. 238.

GAILLARD, Emmanuel. «General principles of Law in International Commercial Arbitration-Challenging The Myths». En *World Arbitration & Mediation Review*, 2011, n.º 3, vol. 5.

GARRO, Alejandro y José Antonio MORENO RODRÍGUEZ. «The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws». En GARRO, Alejandro y José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (editores). *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Nueva York: Springer, 2021.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Unidroit Principles Of International Commercial Contracts 2016*. Roma: Unidroit, 2016. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>.

ISCAR DE HOYOS, Javier. «El Tribunal Constitucional refuerza a España como sede segura en arbitraje internacional». En *El Jurista*, 12 de marzo de 2021. Recuperado de <<https://www.eljurista.eu/2021/03/12/el->

tribunal-constitucional-refuerza-a-espana-como-sede-segura-en-arbitraje-internacional/>.

JACQUET, Jean-Michel. «Droit international privé et arbitrage commercial international». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2019, vol. 396.

KJOS, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

MARCHAL, Pierre. *Principes généraux du droit*. Bruselas: Bruylant, 2014.

MOURRE, Alexis. «Foro de necesidad». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Enciclopedia del Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Castillo Freyre, vol. 48, 2018.

MOURRE, Alexis. *La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional. X Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. Madrid: CEU Ediciones, 2018. Recuperado de <<https://www.ideo.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>>.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Los principios Unidroit para los contratos internacionales». En *Dikaion*, 2009, vol. 11 (2002).

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción. «Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, n.º 1, vol. 6.

SALA SÁNCHEZ, Pascual. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones». En *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 2, vol. IX.

LA SEDE DEL ARBITRAJE COMO VÍNCULO JURÍDICO ENTRE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y UNA JURISDICCIÓN

*Guillermo Cabrera González**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto de sede arbitral y su importancia en el procedimiento arbitral.— 3. Efectos de la determinación de la sede del arbitraje.— 3.1. La competencia de los tribunales de la sede para cumplir las funciones de apoyo y control sobre el procedimiento arbitral.— 3.1.1. Intervención de los órganos judiciales del lugar de la sede en apoyo del procedimiento arbitral.— 3.1.1.1. Cooperación en la integración del tribunal arbitral.— 3.1.1.2. Intervención en la práctica de determinados medios de prueba cuando sea necesario el *iure imperii*.— 3.1.1.3. Adopción y ejecución de medidas cautelares en el procedimiento arbitral.— 3.1.2. Intervención de los órganos judiciales del lugar de la sede para controlar el procedimiento arbitral.— 3.1.2.1. Tramitación de las declinatorias.— 3.1.2.2. Conocimiento de la acción de anulación sobre los laudos arbitrales.— 3.2. La aplicabilidad de la legislación en materia de arbitraje de la sede del procedimiento arbitral.— 3.3. La atribución de «nacionalidad» al laudo.— 4. Criterios para la determinación de la sede del arbitraje.— 4.1. Determinación de la sede en el arbitraje internacional.— 4.2. Criterios a valorar por las partes para la fijación de la sede del arbitraje.— 4.2.1. Legislación en materia de arbitraje.— 4.2.2. Relación de los órganos judiciales del Estado de la sede con el arbitraje internacional.— 4.2.3.

* MCIArb. LLM, IE-Law School, Madrid.

Idioma de la sede.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

El arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas que precisa de la interacción con el ordenamiento jurídico y los órganos judiciales de un Estado para determinadas funciones de apoyo y control, las cuales son necesarias para el buen fin del procedimiento arbitral. Para establecer el vínculo jurídico entre el procedimiento arbitral y una jurisdicción determinada, la sede del arbitraje tendrá una importancia fundamental. En este capítulo se tratarán los criterios de determinación de la sede del arbitraje, así como las consecuencias que se derivan de su determinación.

1. INTRODUCCIÓN

A la hora de afrontar la resolución de una controversia, presente o futura, las partes implicadas se enfrentan a la necesidad de tomar varias decisiones que pueden condicionar el resultado final de la disputa.

Una de las decisiones más importantes que las partes deben afrontar es el método del que se quieren servir para resolver su disputa y, para ello, deben conocer y valorar las características de los distintos mecanismos de resolución de controversias.

Dentro de esos mecanismos, y especialmente en el plano internacional, el arbitraje brilla con especial intensidad.

Las razones que explican esta elección de las partes por el arbitraje son múltiples. No obstante, una de las comunes es que el arbitraje permite a las partes en conflicto la posibilidad de diseñar un procedimiento a la medida de sus necesidades, con una estructura procedimental y unos plazos de resolución adaptados a su caso particular.

Además, el arbitraje permite conferir la resolución de su controversia a unos terceros que, por experiencia y especialización, pueden entender perfectamente las particularidades de la disputa.

De este modo, estas características del arbitraje permiten dejar atrás la rigidez procedimental y las limitaciones materiales del que, en ocasiones, recelan las partes cuando acuden a los órganos judiciales de los Estados.

Si a esto le unimos que, en el plano internacional, mediante el arbitraje, las partes pueden encontrar un foro neutral, evitándose litigar en el estado de la contraparte, podemos entender que, en ocasiones, el hecho de que las partes en conflicto opten por dirimir su controversia en un arbitraje no responde a una elección, sino a una auténtica necesidad.

No obstante, la elección de las partes de someterse a arbitraje no supone una ruptura definitiva con los tribunales de justicia estatales, puesto que la actuación de estos tribunales coadyuva al buen fin del procedimiento arbitral.

La razón de esta vinculación es sencilla, el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias autónomo, pero no autosuficiente en algunas cuestiones, de modo que requiere de la colaboración de los órganos judiciales en algunas materias concretas para asegurar el buen fin del procedimiento arbitral.

De este modo, en el marco de un arbitraje se produce una relación de complementariedad entre el tribunal arbitral y los órganos judiciales estatales en relación con una serie de materias, que serán tratadas en este capítulo.

No obstante, esta relación de complementariedad debe respetar un límite, y es la competencia, exclusiva y excluyente, del tribunal arbitral

para conocer y resolver la materia que le ha sido conferida por las partes para resolver su disputa.

Pues bien, a la hora de determinar los órganos judiciales concretos que intervendrán en el procedimiento arbitral surge una cuestión de especial relevancia, la sede del arbitraje.

Ello es así porque, mediante la determinación de la sede del arbitraje se creará un vínculo entre el procedimiento arbitral y un lugar determinado, cuyos órganos judiciales serán los encargados de ejercer esa labor complementaria en el procedimiento arbitral.

Asimismo, la legislación en materia de arbitraje de ese lugar también será aplicable al procedimiento arbitral.

De este modo, la determinación de la sede del arbitraje será «el punto de negociación más esencial en un acuerdo arbitral».¹

Sentar premisas inamovibles en el campo del arbitraje internacional es una tarea tremendamente complicada, pues la heterogeneidad en las legislaciones de los Estados, así como las particularidades de los reglamentos de arbitraje, configura un panorama muy flexible y rico en matices y excepciones que es, por otra parte, uno de los principales atractivos que ofrece el arbitraje.

No obstante, la sede en el arbitraje tiene, en todo caso, una importancia fundamental para el buen fin del procedimiento arbitral. Por ello, a continuación, nos adentraremos en este concepto y en su trascendencia para el procedimiento arbitral.

¹ RUBINS, Noah. «The arbitral seat is no fiction: A brief reply to Tatsuya Nakamura's commentary». En *Mealey's International Arbitration Report*, enero de 2001, n.º 1, vol. 16, p. 23 y ss.

2. CONCEPTO DE SEDE ARBITRAL Y SU IMPORTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El arbitraje es una institución autónoma que encuentra su legitimidad en la libre autonomía de la voluntad de las partes para la resolución de una serie de disputas. No obstante, este mecanismo de resolución de controversias adolece de una serie de limitaciones que hace necesario que, para el buen fin del procedimiento arbitral, el arbitraje interactúe con los órganos judiciales de un lugar concreto.

Como veremos posteriormente, esta interacción se materializa en dos campos: (i) las funciones de apoyo; y (ii) las funciones de control, que ejercen los órganos judiciales de un lugar concreto sobre un procedimiento arbitral.

Para la determinación de los órganos judiciales que deben desempeñar estas funciones en un procedimiento arbitral, la designación de la sede del arbitraje tiene una importancia determinante.

Especialmente importante es esta designación en el campo del arbitraje internacional, puesto que al no haber órganos supranacionales que tengan conferidas las funciones de apoyo y control para todos los procedimientos arbitrales que tienen lugar en el mundo es necesario la designación de una sede concreta que pueda dar soporte a un procedimiento arbitral.

Sentado lo anterior, aunque de manera intuitiva pudiera pensarse que la sede del arbitraje se corresponde con el lugar donde las actuaciones del procedimiento arbitral tienen lugar. Esto no es exactamente así. En efecto, durante el procedimiento arbitral podrán tener lugar reuniones entre las partes y los árbitros, vistas para la práctica de la prueba o reuniones para la deliberación de los árbitros a los efectos de dictar el laudo y, todas estas sesiones podrán tener lugar en un lugar físico concreto, pero este lugar no tiene por qué coincidir con la sede del

arbitraje. Así lo ha reconocido la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, la Ley Modelo) en su artículo 20.2² y, por extensión, los reglamentos de las cámaras de arbitraje más relevantes.

Algunos ejemplos los podríamos encontrar en el artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³ o el artículo 16 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (CAIL).⁴

De este modo, diversos reglamentos de arbitraje reconocen la posibilidad de que las sesiones del procedimiento arbitral se celebren en un lugar distinto al de la sede del arbitraje.

En aquellos casos en los que el arbitraje sea administrado, tampoco la sede del arbitraje es necesariamente el lugar en el que se encuentra la institución que administra el procedimiento arbitral.

La sede del arbitraje responde a una vinculación —puramente jurídica— del procedimiento arbitral con el ordenamiento jurídico y los órganos judiciales de un determinado lugar, no a una vinculación física o geográfica.

² El artículo 20.2 de la Ley Modelo prevé que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, *el tribunal arbitral podrá*, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse *en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos*» (énfasis nuestro).

³ El artículo 18 del Reglamento de la CCI prevé que: «2 Salvo acuerdo en contrario de las partes, *el tribunal arbitral*, previa consulta de aquéllas, *podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado*».

³ *El tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado*» (énfasis nuestro).

⁴ El artículo 16.3 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, prevé que: «Si cualquier vista debe tener lugar de manera presencial, *el tribunal arbitral podrá acordar celebrar la vista en el lugar que considere más conveniente* tras consultarlo con las partes. *Si el tribunal arbitral se necesita reunir para llevar a cabo alguna deliberación, esas reuniones podrán tener lugar en cualquier localización geográfica a elección del tribunal arbitral*» (énfasis nuestro).

De este modo, mediante la determinación de la sede del arbitraje se crea un vínculo entre el procedimiento arbitral y el ordenamiento jurídico de un lugar concreto (*lex loci arbitri*), que permite a los órganos judiciales de ese lugar ejercer las funciones de apoyo y control que el procedimiento arbitral necesita para alcanzar su buen fin.

Como veremos posteriormente, la determinación de la sede del arbitraje es una de las cuestiones más trascendentes para asegurar el éxito del procedimiento arbitral, de modo que las partes deben ponderarla con cautela a la hora de diseñar el procedimiento al que se quieren someter.

Nótese que una de las grandes ventajas que permite la institución del arbitraje es la capacidad de que las partes se doten de un procedimiento a la medida de sus necesidades para resolver sus disputas. Pues bien, en esa labor de diseño, la determinación de la sede será uno de los puntos más importantes a considerar.

3. EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

Como ya hemos apuntado, mediante la elección de la sede del arbitraje se crea un vínculo jurídico entre el procedimiento arbitral y un lugar concreto. Ese vínculo se materializa en el nexo del procedimiento arbitral con la legislación y con los órganos jurisdiccionales de ese lugar.

De este modo, el sistema legal del lugar de la sede del arbitraje actuará de sustento del procedimiento arbitral, lo cual se traducirá en tres cuestiones fundamentalmente:

- La competencia de los tribunales de la sede para cumplir las funciones de apoyo y control sobre el procedimiento arbitral.
- La aplicabilidad de la legislación en materia de arbitraje de la sede del procedimiento arbitral.

- La atribución de la «nacionalidad» al laudo.
- A continuación, nos detendremos en cada una de estas categorías y veremos cómo pueden afectar a la viabilidad del procedimiento arbitral.

3.1. La competencia de los tribunales de la sede para cumplir las funciones de apoyo y control sobre el procedimiento arbitral

Aunque la evolución de las legislaciones tiende a restringir la intervención de los órganos judiciales de un Estado en el procedimiento arbitral,⁵ se pueden distinguir una serie de situaciones en las que la intervención de los tribunales de la sede del arbitraje se debe producir inevitablemente.

A este respecto, la principal función de los órganos judiciales de la sede debe ser la de respaldar el acuerdo de sometimiento a arbitraje de las partes, debiendo intervenir los órganos judiciales en el procedimiento arbitral para evitar su ineficacia y así garantizar la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Además, esta intervención debe ser mínima, esto es, sólo reservada a aquellos casos en los que la intervención de los órganos judiciales sea necesaria para que el procedimiento arbitral y las garantías procesales de las partes intervinientes en el mismo se puedan materializar.

De este modo, la negativa de los tribunales a intervenir en el procedimiento arbitral para desplegar las funciones de apoyo y control sólo

⁵ CAIVANO, Roque J. «La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo». En *El Derecho*, 17/05/2013, n.º 13.240. Recuperado de <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-fenomenal-evolucion3b3n-del-arbitraje-en-el-resto-del-mundo.pdf>.

podrá darse en aquellos casos en las que estos tribunales aprecien la inexistencia manifiesta del convenio arbitral.⁶

A continuación, pasamos a ver las distintas situaciones en las que los órganos judiciales deberán intervenir en el procedimiento arbitral.

3.1.1. Intervención de los órganos judiciales del lugar de la sede en apoyo del procedimiento arbitral

En un procedimiento arbitral nos encontramos con una serie de situaciones en las que, para garantizar que el arbitraje pueda tener lugar, será necesaria la intervención de los tribunales estatales. Estas situaciones son aquéllas en las que los tribunales del lugar de la sede desempeñan una función de apoyo al procedimiento arbitral.

Estas situaciones son las siguientes.

3.1.1.1. Cooperación en la integración del tribunal arbitral

Esta situación se producirá en los que casos en los que las partes no hayan previsto un sistema de designación de los árbitros. También, cuando en un arbitraje *ad hoc*⁷ se alcance un acuerdo entre las partes para

⁶ Por ejemplo, la Ley de Arbitraje española, esto es, la Ley 60/2003, de 13 de diciembre de Arbitraje (en adelante, Ley española de arbitraje), prevé en el punto IV de su exposición de motivos lo siguiente: «[E]l juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio» (énfasis nuestro).

⁷ En el caso de que el arbitraje fuese administrado, la institución correspondiente podría intervenir para la designación del árbitro correspondiente. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 12.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que prevé que: «Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros. En este caso, la demandante deberá designar un árbitro en un plazo d 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la decisión de la Corte, y la demandante deberá designar un árbitro en un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la designación hecha por el demandante. *Si una parte no designa un árbitro, el nombramiento será hecho por la Corte*» (énfasis nuestro).

la designación de los árbitros, pero una de ellas no cumpla con el nombramiento que le corresponde.⁸

3.1.1.2. Intervención en la práctica de determinados medios de prueba cuando sea necesario el *iure imperii*

Esta situación se producirá cuando, habiendo sido acordado un medio de prueba por parte del tribunal arbitral, su práctica requiera de la fuerza coactiva del Estado para su materialización como, por ejemplo, en casos de diligencias de registro o requerimientos de aportación de documentos a terceros.

3.1.1.3. Adopción y ejecución de medidas cautelares en el procedimiento arbitral

Lo primero que debe señalarse en relación con la tutela cautelar en un procedimiento arbitral es que, el hecho de que las partes decidan acudir a un procedimiento arbitral para dirimir sus diferencias, no empece a que las partes puedan disponer de todos los mecanismos procesales que tendrían disponibles si hubieran decidido acudir a los órganos judiciales, incluida la tutela cautelar.

No obstante, ante la existencia de un procedimiento arbitral, la tutela cautelar se dispensa de una manera distinta a aquellos casos en los que se solicita en sede judicial.

⁸ Dentro de estas funciones, a efectos de garantizar una intervención mínima de los órganos judiciales del lugar de la sede en el arbitraje, será importante comprobar el tratamiento jurisprudencial de los tribunales de la sede en relación con la excepción de incompetencia del tribunal arbitral (*kompetenz-kompetenz*). Esto es, aunque los órganos judiciales de la sede puedan intervenir en determinadas situaciones para la designación o integración del tribunal arbitral, respeten la capacidad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia. A este respecto, el artículo 16.1 de la Ley Modelo prevé que: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria» (énfasis nuestro).

Como veremos a continuación, dos son las situaciones en las que las partes incurso en un procedimiento arbitral pueden precisar acudir a los órganos judiciales para conseguir la tutela cautelar: (i) la solicitud de medidas; y (ii) la ejecución de las mismas.

En ambos casos, la sede tendrá una importancia fundamental, pues lo habitual será que los órganos judiciales que intervendrán para dispensar esa tutela cautelar sean los de la sede del arbitraje.

En primer lugar, nos referiremos a aquellos casos en los que sea necesario acordar una medida cautelar.

En este sentido, lo primero que se ha de puntualizar es que los árbitros tienen plena potestad de adoptar medidas cautelares, a no ser que las partes hayan acordado excluir esta potestad de las facultades de los árbitros,⁹ o que el ordenamiento jurídico de la sede prevea que sólo los jueces pueden acordar medidas cautelares.¹⁰

En efecto, en ocasiones será necesario acudir a los órganos judiciales para solicitar una medida cautelar porque el ordenamiento jurídico del lugar de la sede impide a los árbitros adoptar medidas cautelares.

⁹ Nótese que en algunos reglamentos de arbitraje se prevé la posibilidad de que las partes excluyan de las potestades del tribunal arbitral la adopción de medidas cautelares, lo que aboca a las partes a tener que acudir a los órganos judiciales del lugar de la sede para obtener la tutela cautelar, tanto en relación con la solicitud de medidas como en relación con su ejecución. En este sentido, la Ley Modelo, en su artículo 17.1 prevé que: «*Salvo acuerdo en contrario de las partes*, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares» (énfasis nuestro). En el mismo sentido, el artículo 38.1 del Reglamento de la CCI prevé que: «*Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en el que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas*. El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo. Según el tribunal arbitral lo estime conveniente» (énfasis nuestro). Asimismo, la Ley Modelo, en su artículo 17.1 prevé que: «*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares*» (énfasis nuestro).

¹⁰ Como, por ejemplo, en las legislaciones austriaca, italiana o brasileña: LÓPEZ DE ARGUMEDO PINEIRO, Álvaro. «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional». En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, n.º 3, p. 5.

Asimismo, puede ser necesario tener que acudir a reclamar la tutela cautelar a los órganos judiciales porque esta tutela sea necesaria antes de que se haya constituido el tribunal arbitral.

En este último supuesto, podemos encontrarnos con dos situaciones: (i) que el arbitraje sea *ad hoc*; o (ii) que esté administrado.

Si el arbitraje es *ad hoc*, las partes necesitarán reclamar la tutela judicial a los tribunales del lugar de la sede, pues no disponen de ninguna otra autoridad jurisdiccional ante la que reclamar la tutela cautelar.

Si el arbitraje es administrado, deberá comprobarse si el reglamento de arbitraje de la institución que administra el arbitraje prevé la designación de un árbitro «de emergencia». Esto es, el nombramiento de un árbitro previo a la designación del tribunal arbitral que conocerá del fondo de la controversia, precisamente, a los solos efectos de decidir sobre una solicitud de medidas cautelares.¹¹

¹¹ En este sentido, varios son los reglamentos de arbitraje que prevén esta posibilidad. Por ejemplo, el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 29.1, prevé lo siguiente:

«La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Arbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte sólo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su solicitud de arbitraje» (énfasis nuestro).

Asimismo, el artículo 6.4 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD), prevé que:

«El árbitro urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualesquiera medida provisionales o conservatorias que considere necesarias, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Cualquiera de esas medidas podrá adoptar la forma de un laudo provisional o de una orden [...]» (énfasis nuestro).

A su vez, el artículo 1 del apéndice I del Reglamento de Arbitraje de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) prevé que:

«Desde la presentación de la solicitud de arbitraje hasta el traslado del expediente arbitral al tribunal arbitral (cf. Reglamento, Artículo 23), cualquiera de las partes podrá solicitar de la Corte el nombramiento de un árbitro de emergencia para la adopción de medidas cautelares urgentes» (énfasis nuestro).

En segundo lugar, los tribunales del lugar de la sede deberán intervenir en aquellos casos en los que sea necesaria la ejecución de una medida cautelar.

En aquellos casos en los que el tribunal arbitral haya acordado una medida cautelar y una de las partes sea renuente a su cumplimiento voluntario, será necesaria la intervención de los órganos judiciales del lugar de la sede para que la medida cautelar sea ejecutada.

Nótese que la ejecución de algunas medidas requerirá del *iure imperi* o fuerza coactiva del Estado como, por ejemplo, en casos como la paralización de garantías a primera demanda, de trabas de embargos o anotaciones que se quieran hacer valer en el registro correspondiente.¹²

En estos casos, la resolución por la que se acuerde la medida cautelar en el seno del procedimiento arbitral deberá ser ejecutada ante los órganos judiciales del estado de la sede y serán ellos los que, de acuerdo con el procedimiento de ejecución previsto en el ordenamiento jurídico del lugar de la sede, se encarguen de materializar, con los recursos coactivos a su alcance, la resolución adoptada en el procedimiento arbitral.

Lo anterior no obsta a que la parte favorecida por la medida cautelar pueda interesar la ejecución de la medida en un tercer Estado.¹³ No obstante, la ejecución en el lugar de la sede será mucho más rápida y sencilla para las partes, pues lo habitual es que las resoluciones arbitrales tengan aparejadas ejecución directa por los tribunales de la sede.

¹² En algunas ocasiones el acceso directo de una resolución arbitral a un registro público no será posible, y será necesario que esa resolución arbitral sea ejecutada en sede judicial. A este respecto podemos recordar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado español (DGRN) de 20 de febrero de 2006 (RJ 2006/934).

¹³ Y ello, al amparo de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York en 1958 (la Convención de Nueva York), siempre que la solicitud de *exequatur* no incurra en ninguna de las causas de denegación previstas en el artículo 5 de la Convención.

Esta circunstancia hace que a la hora de valorar el lugar más idóneo donde situar la sede del arbitraje, las partes deban valorar el lugar donde posiblemente se deberán materializar la ejecución de las resoluciones adoptadas en el arbitraje.

3.1.2. Intervención de los órganos judiciales del lugar de la sede para controlar el procedimiento arbitral

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos con una serie de situaciones en las que los tribunales deben intervenir para controlar la actuación de los árbitros o, incluso, de las propias partes en el procedimiento arbitral.

3.1.2.1. Tramitación de las declinatorias

Uno de los efectos que genera la suscripción de un acuerdo de sometimiento a arbitraje es que las partes renuncian a acudir a la jurisdicción de los órganos judiciales predeterminados por ley para la resolución de la cuestión sometida a arbitraje.

Este «efecto negativo» del convenio arbitral, que ha sido recogido por diversos cuerpos normativos de referencia en materia de arbitraje internacional,¹⁴ impide a las partes acudir a la jurisdicción de los órganos judiciales para solicitar una resolución sobre el fondo del asunto.

¹⁴ En este sentido, la Convención de Nueva York en su artículo 11.3 prevé que:

«El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo se nulo, ineficaz o inaplicable» (énfasis nuestro).

Asimismo, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 (el Convenio de Ginebra), prevé, en su artículo 6.1, que:

«Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derecho por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según la ley del país del tribunal que considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo» (énfasis nuestro).

De este modo, en aquellos casos en los que una parte sometida a arbitraje intente incumplir su compromiso de sometimiento a arbitraje, la otra parte deberá interponer una declinatoria ante esos órganos judiciales, los cuales deberán remitir a la parte incumplidora del convenio arbitral al procedimiento arbitral al que esa parte decidió someterse.

3.1.2.2. Conocimiento de la acción de anulación sobre los laudos arbitrales^{15 16}

Salvo en aquellas jurisdicciones en las que está permitida la renuncia anticipada a la acción de anulación,¹⁷ la resolución del recurso de anulación será otro de los supuestos en los que los órganos judiciales del lugar de la sede intervengan en el procedimiento arbitral.

Esta es una de las funciones más esenciales de los órganos judiciales en el procedimiento arbitral, puesto que una interpretación demasiado expansiva de las causales de anulación puede frustrar el procedimiento arbitral y la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, al convertir

¹⁵ Nótese que en algunas jurisdicciones los órganos judiciales de un Estado no podrán efectuar este control debido a que las partes pueden renunciar por anticipado al ejercicio de la acción de anulación sobre el laudo (por ejemplo: Suiza, Bélgica, Túnez, Perú, Suecia, Francia o Colombia, entre otros).

¹⁶ Podríamos distinguir una tercera situación en la que los órganos judiciales de un Estado intervienen para controlar las decisiones de los árbitros, que sería cuando se interesa el *exequatur* sobre un laudo arbitral si bien, en estos casos, el *exequatur* se llevará a cabo por los órganos judiciales del Estado en cuestión donde se interese el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral, que será distinto al Estado de la sede del procedimiento arbitral. No obstante, incluso en estos casos, el procedimiento arbitral seguiría guardando cierta conexión con el ordenamiento jurídico del Estado de la sede ya que, recordemos, la Convención de Nueva York prevé, en su artículo V.1 a), como una de las posibles causas para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo, la siguiente: «Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, *en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia*» (énfasis nuestro).

¹⁷ Por ejemplo, en Suiza, donde esta posibilidad fue confirmada por la sentencia del Tribunal Federal suizo, Premier Cour de Droit Civil, de 17 de octubre de 2017.

en inejecutable el laudo como consecuencia de la estimación de la acción de anulación.¹⁸

3.2. La aplicabilidad de la legislación en materia de arbitraje de la sede del procedimiento arbitral

En el procedimiento arbitral coexisten varios grupos de normas, siendo que cada una de ellas impulsa el procedimiento arbitral de una manera distinta.

En primer lugar, podemos distinguir el derecho aplicable al fondo de la controversia. Estas normas serán, en principio, decididas por las partes, con el único límite de que alguna prerrogativa pueda ser contraria al orden público del Estado de la sede, lo que podría comprometer la viabilidad del laudo en sede de anulación.¹⁹

En segundo lugar, podemos distinguir las normas de procedimiento aplicables al arbitraje, siendo que dentro de este grupo de normas debemos distinguir dos situaciones.

¹⁸ A este respecto recordemos que la Convención de Nueva York prevé en su artículo V.1.e) lo siguiente:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte pueda ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

[...]

e) *Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país* en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada la sentencia» (énfasis nuestro).

¹⁹ Nótese que esta causal para la anulación del laudo está recogida en las legislaciones de arbitraje de todo el mundo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 34.2.b) de la Ley Modelo:

«*El laudo arbitral podrá ser anulado* por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

[...]

b) el tribunal compruebe:

(i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje;
o

(ii) *que el laudo es contrario al orden público de este Estado*» (énfasis nuestro).

Si el arbitraje es administrado por una cámara o institución arbitral, las normas de procedimiento vendrán contenidas en el reglamento de la institución arbitral correspondiente.

Si el arbitraje no es administrado, el árbitro o tribunal arbitral deberá dotarse, junto con el acuerdo de las partes, de un procedimiento para conducir el procedimiento arbitral.

En cualquier caso, la importancia de la sede del arbitraje en este supuesto se limitará a que, con independencia de cuáles sean las normas de procedimiento aplicables al procedimiento arbitral, se deberá garantizar el debido proceso ya que, de lo contrario, se puede comprometer la viabilidad del laudo en sede de anulación.

En tercer lugar, podemos distinguir dentro del procedimiento arbitral un grupo adicional de normas, que son las del Estado de la sede del arbitraje relativas a las siguientes materias:

- a) La capacidad de las partes en el arbitraje.²⁰
- b) Las condiciones de validez del acuerdo de arbitraje.
- c) La arbitrabilidad de la materia que las partes pretenden discutir en el arbitraje.
- d) Los criterios para considerar un proceso como debido, incluidas las reglas de constitución del tribunal arbitral.²¹

²⁰ El artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York prevé, como causa para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, que las partes del acuerdo arbitral estuvieran afectadas por alguna incapacidad, en virtud de (1) la ley que les fuera aplicable; (2) la ley a la que las partes hubieran decidido someterse o, (c) la ley del Estado donde se hubiera dictado el laudo, esto es, el de la sede del arbitraje.

²¹ El artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York prevé, como causa para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, que el procedimiento arbitral o la constitución del tribunal arbitral no se haya ajustado (1) al acuerdo de las partes o (2) a la ley del país de donde se haya efectuado el arbitraje, esto es, el de la sede del arbitraje.

- e) Las cualidades que deben reunir los árbitros para el desempeño de sus funciones.²²
- f) Los requisitos de validez del laudo.
- g) Las causales para ejercitar la acción de anulación frente al laudo.

A este respecto, debemos recordar que el ordenamiento jurídico no sólo está integrado por las leyes, sino por la interpretación que los órganos judiciales de un Estado hacen de ellas, por lo que los puntos anteriormente mencionados deberán ser analizados no sólo desde lo dispuesto en la legislación del Estado de la sede, sino también desde la interpretación que los tribunales de ese Estado hacen sobre estas cuestiones.

Y es que, si bien existe una amplia libertad contractual para pactar las reglas de procedimiento en el arbitraje, las legislaciones estatales suelen establecer ciertos principios básicos de naturaleza imperativa que los árbitros deben respetar para que el laudo sea válido y ejecutable.²³

De este modo, la elección de la sede crea un vínculo entre el arbitraje y el Estado de la sede que hará que las partes en el procedimiento arbitral se encuentren vinculadas por el ordenamiento jurídico de esa sede.

Tanto es así que algunos autores han llegado a afirmar que «en lugar de elegir directamente la ley que gobierna el arbitraje, las partes escogen la sede como un método indirecto de elegir la ley».²⁴

²² Con relación a este punto, las partes pueden prever en el pacto compromisorio que los árbitros deban reunir una serie de características para ser designados como tales (por ejemplo, experiencia profesional, cualificación técnica, etcétera), pero estos criterios de designación deberán combinarse con los que, eventualmente, prevea la legislación del Estado de la sede.

²³ JARVIN, Sigvard. «The place of arbitration. A review of the ICC Court's guiding principles and practice when fixing the place of arbitration». En *ICC Bulletin*, diciembre de 1996, n.º 2, vol. 7, p. 54 y ss.

²⁴ KAUFFMAN-KHOLER, Gabrielle. «Globalization of arbitral procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, octubre de 2003, n.º 4, vol. 36, p. 1313 y ss.

3.3. La atribución de «nacionalidad» al laudo

La sede del arbitraje otorga nacionalidad al laudo. Es decir, el laudo se considerará dictado en el lugar de la sede del arbitraje, y ello con independencia de dónde haya sido emitido y firmado el laudo.

Así lo prevé la Ley Modelo en su artículo 31.3,²⁵ así como el Reglamento de la CCI en su artículo 31.3.²⁶

De este modo, a los efectos del ordenamiento jurídico del Estado de la sede el laudo será «nacional» y para el resto de Estados el laudo será «extranjero», siendo que esta delimitación tiene unos efectos de gran trascendencia práctica.

Los laudos nacionales no necesitan superar un procedimiento de reconocimiento (*exequatur*) para su ejecución. Asimismo, la ejecución²⁷ de los laudos nacionales se suele tramitar por un procedimiento abreviado y sumario, donde las posibilidades de oposición para la parte ejecutada están muy tasadas.²⁸

²⁵ El artículo 31.3 de la Ley Modelo indica que: «Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. *El laudo se considerará dictado en ese lugar*» (énfasis nuestro).

²⁶ El artículo 31.3 del Reglamento de la CCI prevé que: «*El laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha en la que en él se mencione*» (énfasis nuestro).

²⁷ Como se ha llegado a señalar, el laudo dictado en el seno de un arbitraje internacional «flota sobre los diversos ordenamientos jurídicos y se conecta con uno de ellos en el caso de que no exista cumplimiento voluntario, esto es que sea recurrido o exija reconocimiento o ejecución». CUARTERO RUBIO, María Victoria. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, p. 115.

²⁸ Por ejemplo, en el ordenamiento procesal español, las causas previstas para la oposición de la ejecución de una resolución arbitral son muy reducidas, reconociéndose únicamente las siguientes en el artículo 556 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC):

Acreditación del pago de la condena prevista en el laudo.

Caducidad de la acción ejecutiva, que en el caso del ordenamiento jurídico español es de 5 años.

Defectos procesales en la demanda ejecutiva (por ejemplo, falta de capacidad o de representación del ejecutante, que el laudo no contenga un pronunciamiento de condena).

No obstante, cuando un laudo se quiere ejecutar en un Estado distinto al de la sede, el laudo deberá superar, primero, el filtro del *exequatur* y, segundo, superar las vías de oposición a la ejecución que estén previstas en esa jurisdicción.

En este sentido, si acudimos al artículo 5 de la Convención de Nueva York, podemos ver que el catálogo de supuestos para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo es ciertamente amplio, ya que las causas de oposición en este caso podrían ser:

- a) Que las partes estaban sometidas a algún tipo de incapacidad.
- b) Que a la parte ejecutada no le fue notificada la designación del árbitro o del procedimiento arbitral, o que, por alguna otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral.
- c) Que el laudo se refiere a cuestiones no sometidas a arbitraje por las partes.
- d) Que el procedimiento arbitral, incluida la constitución del tribunal arbitral, no se ha ajustado al acuerdo de las partes o la ley de la sede del arbitraje.
- e) Que el laudo no constituye todavía un título ejecutable en la medida que habría sido suspendido o anulado en el Estado de la sede.
- f) Que la materia objeto de arbitraje no es susceptible de arbitraje de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado donde se pide la ejecución del laudo.

- g) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado donde se solicita la ejecución del laudo.

Todas estas causales pueden provocar, en el mejor de los casos, un aumento de costes y unos retrasos considerables para la parte ejecutante. En el peor de los casos, estas causales pueden provocar la frustración de la ejecución del laudo, convirtiéndolo en un instrumento jurídico de escaso valor.

Por ello, siempre que sea posible, será conveniente para las partes reflexionar sobre el Estado en el que más probablemente tendrán que ejecutar el laudo,²⁹ para fijar la sede del arbitraje en ese Estado y así evitar el procedimiento de *exequatur*, así como limitar las posibles causas de oposición en sede de ejecución del laudo arbitral.

4. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

En este punto trataremos dos cuestiones de vital importancia en relación con la sede del arbitraje: (a) cómo se fija la sede del arbitraje; así como, (b) qué criterios deben tenerse en cuenta por las partes para la fijación de la sede del arbitraje.

4.1. Determinación de la sede en el arbitraje internacional

Anteriormente nos hemos referido a la trascendencia de la determinación de la sede en el arbitraje, debido a las consecuencias que puede comportar para el buen fin del procedimiento arbitral.

²⁹ Normalmente, esta decisión vendrá determinada por una averiguación patrimonial sobre la parte contraria antes de la suscripción del pacto de sometimiento a arbitraje, de modo que se intentará situar la sede del arbitraje en el Estado en el que se prevea que se concentran la mayor cantidad de bienes de la otra parte.

Es, precisamente, por ello que la situación más natural es que sean las partes las que fijen la sede del arbitraje en el propio pacto de sometimiento a arbitraje, siempre que no haya ninguna limitación legal que se lo impida.³⁰

Por lo tanto, el primer método para fijar la sede del arbitraje consistirá en la voluntad de las partes.

Es importante indicar que si bien la validez del pacto de sometimiento a arbitraje estará condicionada por las normas de derecho nacional de la sede, la validez del pacto de sometimiento a arbitraje no está supeditada a que en el propio pacto ya se prevea el lugar de la sede del arbitraje.³¹ Dicho de otra manera, un pacto de sometimiento a arbitraje en el que se no se haya previsto la sede es válido. Ello es así porque existen criterios alternativos para fijar la sede, los cuales dependen de si las partes han decidido someterse a un reglamento de arbitraje o no.

³⁰ De manera excepcional, la aplicación de algunos reglamentos de arbitraje obliga a las partes a designar la sede de acuerdo con una serie de criterios prefijados. Un ejemplo de ello lo encontraríamos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (las Reglas de Hamburgo), en cuyo artículo 22.3 se prevén unos criterios de designación de la sede del arbitraje no disponible por las partes:

«El procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los lugares siguientes:

a) Un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre:

i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o
ii) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o
iii) El puerto de carga o el puerto de descarga; o

b) *Cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje*» (énfasis nuestro).

Del mismo modo, el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de Cámara de Comercio de Lima (el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima) impone que para todos los arbitrajes administrados por esta Cámara se considerará que la sede del arbitraje es la ciudad de Lima: «Los procesos arbitrales se desarrollan en la sede del Centro en la Ciudad de Lima, *lugar donde se considera dictado el laudo arbitral*» (énfasis nuestro).

³¹ LALIVE, Pierre. «On the transfer of seat in international arbitration». En NAFZIGER, James A. R. y SYMEONIDES, Symeon C. (editores): *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*. Nueva York: Transnational Publishers, 2002, p. 515 y ss.

Este sometimiento al reglamento de una institución arbitral particular se puede dar bien porque las partes hayan previsto expresamente su aplicación en la cláusula compromisoria de arbitraje, bien porque, acordando las partes que el arbitraje sea administrado por una concreta institución arbitral, decidan someterse al reglamento de arbitraje de esa cámara.

De este modo, el segundo método para fijar la sede del arbitraje será acudir al reglamento de la cámara que administre el arbitraje.

En este sentido, los reglamentos de las cámaras de arbitraje contienen dos posibilidades para fijar la sede, que consisten en que o bien fija la sede la propia cámara,³² o bien fijan la sede los propios árbitros, una vez éstos sean designados.³³

Por último, en caso de que las partes no hayan previsto la sede en el pacto de sometimiento al arbitraje, y que tampoco hayan decidido someterse a un reglamento de arbitraje en particular, el tercer y último criterio es que serán los árbitros los que decidirán la sede del arbitraje.

Esta decisión deberá ser tomada por los árbitros teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto, así como la opinión de las partes.³⁴

³² Un ejemplo de este tipo de designación de la sede lo podemos encontrar en el artículo 18.1 del Reglamento de la CCI, en el artículo 16.1 del Reglamento Suizo de arbitraje internacional o el artículo 25.1 del Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

³³ Un ejemplo de este tipo de designación de la sede lo podemos encontrar en el artículo 18.1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

³⁴ En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley Modelo prevé expresamente que los árbitros tomen en consideración estos criterios para la determinación de la sede del arbitraje.

La ponderación de estas circunstancias no es, en ocasiones, sencilla. Prueba de ello es que su inclusión no fue pacífica en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, sobre la base de los distintos significados que se podían inferir acerca de este concepto.³⁵

No obstante, es habitual que los árbitros tengan en cuenta circunstancias como la cercanía de las partes y de los propios árbitros al lugar donde tenga lugar la práctica de las pruebas (inspecciones oculares, pruebas testificales o ratificaciones periciales), o la residencia de los testigos. Todo ello para conseguir una reducción de costes del procedimiento y para facilitar la tramitación del mismo.

Adicionalmente, los árbitros deberán tomar también en consideración, como posibles sedes, aquellos lugares donde la normativa sea más favorables para el buen desarrollo del procedimiento arbitral y así garantizar el principio de *favor arbitratís*.

Es necesario realizar una última consideración en relación con los criterios de fijación de la sede arbitral.

Cuando nos referimos a la designación de un lugar concreto como sede del procedimiento arbitral, es conveniente ser preciso a este respecto, no bastando solamente la designación de un país, sino que también será necesario fijar un determinado estado o ciudad.

Todo ello porque, debido a su organización administrativa interna, algunos países tienen una estructura descentralizada que conlleva una dispersión normativa que puede provocar, dentro de un mismo país, diferencias de unas zonas a otras entre la legislación de arbitraje o la normativa sustantiva o procesal que se aplique en el procedimiento arbitral, lo que puede ocasionar problemas de interpretación o aplicación de la normativa durante el arbitraje.

³⁵ VÁZQUEZ PALMA, María Fernanda. «Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección». En *Revista chilena de Derecho Privado*, julio 2011, n.º 16, pp. 77-135.

Por lo tanto, a los efectos de designación de la sede, es conveniente para asegurar el buen fin del procedimiento arbitral, la designación precisa de la sede.

4.2. Criterios a valorar por las partes para la fijación de la sede del arbitraje

Muchos son los factores que pueden motivar la elección de una sede sobre otras. Sin embargo, sea cual sea el factor que se considere, la elección de la sede debe regirse por dos principios: facilitar la tramitación del procedimiento arbitral y facilitar la eventual ejecución del laudo arbitral.

Sobre estas dos premisas, podemos identificar los siguientes criterios a considerar a la hora de elegir la sede en el arbitraje:³⁶

4.2.1. Legislación en materia de arbitraje

Se debe analizar si el Estado de la sede cuenta con una legislación completa y precisa en materia de arbitraje.

En este sentido, un buen indicador puede ser la adecuación de la ley de arbitraje del Estado de la sede con la Ley Modelo, ya que esta Ley es una de las bases del sistema de arbitraje internacional y es fruto del análisis y el consenso de diversos expertos de todo el mundo en arbitraje internacional.

Es importante considerar no solamente la ley de arbitraje del lugar de la sede, sino la interpretación que sobre ella hayan realizado los órganos judiciales de ese lugar, para así tener una mayor certidumbre

³⁶ Para una comparativa entre más de setenta jurisdicciones de los criterios más relevantes de selección de una sede arbitral, un instrumento útil puede ser la guía preparada por la institución independiente de arbitraje internacional Delos (la Guía Delos) <<https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/05/Delos-GAP-1st-edn-Traffic-Lights-for-All-Jurisdictions.pdf?pdf=GAP1-TLs>>.

acerca de si en esa sede el ordenamiento jurídico podrá garantizar el *favor arbitratitis* o no.³⁷

Asimismo, se deberá comprobar si el Estado de la sede del arbitraje tiene suscrito algún tratado bilateral o multilateral con los Estados en los que potencialmente habrá que ejecutar el laudo, para así facilitar esta tarea.³⁸

De este modo, las partes buscarán dirigir el arbitraje hacia aquellas sedes donde los ordenamientos jurídicos les aseguren que los órganos judiciales estarán dispuestos a asistirlos, pero que, al mismo tiempo, interferirán lo menos posible en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

4.2.2. Relación de los órganos judiciales del Estado de la sede con el arbitraje internacional

Como hemos visto previamente, no es descartable que los órganos judiciales estatales tengan que intervenir en el procedimiento arbitral. Especialmente, en aquellos casos en los que se ejercite una acción de anulación frente al laudo.

De este modo, será importante analizar los precedentes jurisprudenciales de esos órganos judiciales, y así comprobar que esos órganos judiciales tienen una trayectoria de injerencia mínima en el procedimiento

³⁷ A modo de ejemplo, la CCI emplea una serie de criterios de selección de la sede con la finalidad de garantizar el *favor arbitratitis*. Entre ellos toma en consideración la neutralidad del Estado, que éste se haya adherido a los convenios internacionales más relevantes (por ejemplo, la Convención de Nueva York), analiza el estado de su legislación y la adopción de los principios básicos del arbitraje internacional. Asimismo, observa también la actitud de los tribunales estatales frente al arbitraje en cuanto al reconocimiento de principios como el de *kompetenz-kompetenz*, nulidad del laudo o intervención mínima: VÁZQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 75-134.

³⁸ A este respecto, el referente obligado, por su amplia aceptación en la comunidad internacional, será el Convenio de Nueva York.

arbitral, así como de respeto a la autonomía de las partes y a las decisiones de los árbitros.

4.2.3. Idioma de la sede

Precisamente, para facilitar la interacción del procedimiento arbitral con los órganos judiciales del Estado de la sede, es conveniente que el Estado de la sede tenga el mismo idioma que aquél que las partes hayan escogido para el procedimiento arbitral.

Téngase en cuenta que en caso de que el idioma del procedimiento arbitral sea distinto al del Estado de la sede, todos los documentos que se remitan a los órganos judiciales deberán ser traducidos.

Esta situación puede acarrear no sólo un problema de coste para las partes, sino también el problema inherente a toda traducción compleja en la que, en ocasiones, es difícil mantener el significado original del documento.

4.2.4. Ejecutabilidad del laudo arbitral

Anteriormente hemos visto que el régimen de ejecución para un laudo «nacional» y para uno «extranjero» difieren extraordinariamente entre sí.

De este modo, es importante que se intente situar la sede en el lugar donde las partes consideren que más probablemente se materializará la ejecución del laudo, lo cual está íntimamente ligado con el lugar donde las partes tengan sus bienes.

En el caso de que las partes prevean que el laudo será susceptible de ejecución en varios Estados, también se deberá comprobar que el

Estado donde se pretenda ejecutar el laudo forma parte del Convenio de Nueva York y que tiene reciprocidad con el Estado de la sede.³⁹

5. CONCLUSIONES

Aunque como mecanismo de resolución de controversias el arbitraje supone una herramienta de extraordinario valor en el plano internacional, es importante diseñar el procedimiento de modo que éste se adapte de la mejor manera posible a las necesidades de las partes.

Además, el procedimiento arbitral debe contar con todos los medios de apoyo necesarios para que pueda llegar a buen fin, que no es otro que obtener una resolución sobre el fondo del asunto y que, además, esa resolución sea ejecutable.

En esta aspiración, la determinación de la sede tendrá una importancia fundamental, por lo que debe ser uno de los factores que debe ser valorado de manera más rigurosa por las partes sometidas a arbitraje.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIVANO, Roque J. «La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo». En *El Derecho*, 17/05/2013, n.º 13.240. Recuperado de <<https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-fenomenal-evolucion3b3n-del-arbitraje-en-el-resto-del-mundo.pdf>>.

CUARTERO RUBIO, María Victoria. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997.

³⁹ Téngase en cuenta que la Convención de Nueva York opera con base en la reciprocidad, como se prevé en su artículo 1.3: «*En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente*. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno» (énfasis nuestro).

JARVIN, Sigvard. «The place of arbitration. A review of the ICC Court's guiding principles and practice when fixing the place of arbitration». En *ICC Bulletin*, diciembre de 1996, n.º 2, vol. 7.

KAUFFMAN-KHOLER, Gabrielle. «Globalization of arbitral procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, octubre de 2003, n.º 4, vol. 36.

LALIVE, Pierre. «On the transfer of seat in international arbitration». En NAFZIGER, James A. R. y SYMEONIDES, Symeon C. (editores): *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*. Nueva York: Transnational Publishers, 2002.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro. «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional». En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, n.º 3.

RUBINS, Noah. «The arbitral seat is no fiction: A brief reply to Tatsuya Nakamura's commentary». En *Mealey's International Arbitration Report*, enero de 2001, n.º 1, vol. 16.

VÁZQUEZ PALMA, María Fernanda. «Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección». En *Revista chilena de Derecho Privado*, julio 2011, n.º 16.

RELEVANCIA DE LA SEDE ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Yael Ribco Borman^{*}

Pilar Álvarez^{**}

Sumario: 1. Introducción.— 2. Características del arbitraje de inversión dentro y fuera del sistema Ciadi.— 2.1. Arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi.— 2.2. El arbitraje Ciadi.— 3. Diferencias en los recursos procedentes contra el laudo de inversión dentro y fuera del sistema Ciadi.— 3.1. Arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi.— 3.2. Revisión de los laudos dictados por tribunales Ciadi.— 3.2.1. Procedimiento de anulación en el sistema Ciadi.— 3.2.2. Causas para la anulación de un laudo Ciadi.— 4. Consideraciones a tener en cuenta al elegir el foro y la sede arbitral.— 4.1. Elección de foro arbitral: ¿Ciadi o no Ciadi?— 4.2. Elección de sede arbitral para los arbitrajes fuera del sistema Ciadi.— 5. Conclusión.— 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En general, la elección de la sede de arbitraje tiene un efecto importante para las partes y los árbitros. Entre otros, de la elección de la sede dependerá la ley procesal aplicable al arbitraje, la intervención de los tribunales nacionales en el arbitraje y el ámbito de control judicial del laudo que resulte del arbitraje.

^{*} LL.M. International Trade and Investment Law Cum laude, U. de Ámsterdam.

^{**} Medalla de oro y beca a la excelencia académica en la titulación de Abogacía, U. de Montevideo.

El arbitraje de inversión difiere en varios aspectos del arbitraje comercial internacional, entre otros debido al hecho de que una de las partes es un Estado soberano. En el arbitraje de inversión, una de las partes —el Estado— puede prestar su consentimiento al arbitraje por adelantado, ya sea a través de un tratado de inversión o en su legislación interna. Ello se conoce como «oferta» de consentimiento (u «oferta a arbitrar»). Por su parte, cualquier inversionista que cumpla las condiciones establecidas en el tratado o la legislación interna puede «aceptar» la oferta de consentimiento del Estado más adelante, luego de surgida una disputa entre el inversionista y el Estado bajo el tratado o la legislación interna respectiva. En general, la «oferta» de consentimiento por parte del Estado contempla varios foros ante los cuales el Estado consiente someter una disputa de inversión. Será, por lo tanto, el inversionista quien decida, al «aceptar» la «oferta», ante qué foro someter su disputa contra el Estado.

A efectos de analizar la relevancia de la sede en el arbitraje de inversión, es necesario distinguir entre dos tipos de arbitraje de inversión en función del foro respectivo: (i) por un lado, arbitraje bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) y las Reglas de Arbitraje del Ciadi; y (ii) por otro lado, arbitraje bajo otras reglas de arbitraje —incluyendo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)— o arbitraje *ad hoc* (en adelante, arbitraje no Ciadi).

Al igual que en el arbitraje comercial, la elección de foro y sede en el arbitraje de inversión tiene consecuencias importantes que afectarán el desarrollo del arbitraje y la suerte del laudo arbitral resultante del arbitraje. Por ello, es sumamente importante conocer las diferencias entre los dos tipos de arbitraje en función del foro a efectos de tomar una

decisión acertada a la hora de elegir entre presentar un reclamo arbitral bajo el sistema Ciadi o ante cualquier otro foro.

En el presente artículo explicaremos brevemente las principales características del arbitraje de inversión dentro y fuera del sistema Ciadi (2), para luego concentrarnos en una de las principales diferencias entre estos sistemas y que tiene una relevancia considerable en la práctica arbitral: el proceso de revisión de los laudos arbitrales (3). Teniendo en cuenta las características y diferencias entre ambos sistemas, concluiremos con algunas reflexiones acerca de los criterios que se deberían tener en cuenta al momento de determinar el foro y la sede arbitral (de ser necesario) en un arbitraje de inversión (4).

2. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN DENTRO Y FUERA DEL SISTEMA CIADI

Desde el punto de vista procesal y de relevancia de la sede, el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi tiene características similares al arbitraje comercial. Por el contrario, el arbitraje Ciadi —un sistema creado específicamente para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados— tiene ciertas particularidades que lo distinguen procesalmente del típico arbitraje comercial. A continuación, haremos una descripción general de las características que cada uno de estos sistemas presenta, así como de los principios que rigen el funcionamiento de cada uno de los sistemas.

2.1. Arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi

En caso de optar por arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi, las partes típicamente someterán el arbitraje a reglas de arbitraje originalmente concebidas en el marco del arbitraje comercial, como ser las Reglas de Arbitraje CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje de la CCI o las Reglas de Arbitraje del SCC, entre otras, o podrán optar por un arbitraje

ad hoc, acordando específicamente el procedimiento que se aplicará a dicha disputa.

En cualquiera de estos casos, al igual que en el arbitraje comercial, se deberá determinar una sede de arbitraje. En principio, las partes pueden acordar la sede del arbitraje. A falta de acuerdo de partes, la sede de arbitraje se determinará de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables. Por ejemplo, bajo las reglas de la CCI y de la SCC, la institución tiene la potestad de determinar la sede de arbitraje,¹ mientras que, bajo las reglas de la CNUDMI, el tribunal tiene la potestad de definir la sede de arbitraje, «teniendo en cuenta las circunstancias del caso».²

En ese tipo de arbitraje, como sucede en el arbitraje comercial, la sede de arbitraje juega un papel importante en el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi. Entre otros, determina la jurisdicción para revisar el laudo y, en consecuencia, las reglas aplicables a dicha revisión.

2.2. El arbitraje Ciadi

El Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio Ciadi o Convenio) fue negociado en la órbita del actual Banco Mundial con el objeto de establecer una plataforma específica para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados.

La necesidad de celebrar un convenio con las características de lo que luego sería el Convenio Ciadi surge en un momento convulsionado de la historia de las inversiones internacionales, en el que numerosas expropiaciones habían tenido lugar como parte de los procesos de desco-

¹ Reglamento de la CCI, artículo 18(1); Reglamento de la SCC, artículo 25(1) («A menos que las partes la hayan convenido, el Consejo decidirá la sede del arbitraje»).

² Reglamento de la CNUDMI, artículo 18(1) («Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje»).

lonización de África y algunas partes de Asia. En este contexto, los potenciales inversionistas tenían interés en obtener ciertas protecciones antes de arriesgar su capital y recursos humanos en ambientes que en ocasiones consideraban hostiles. Según uno de sus fundadores, el Convenio Ciadi surgió a raíz de la influencia de ciertos Estados industrializados y como respuesta, asimismo, a las necesidades de capital de los países en desarrollo.³

Dicho Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, siendo que en la actualidad ha sido firmado por 163 Estados y ratificado por 155, entre los que se cuentan varios países de la región de América Latina y el Caribe tales como: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.⁴

En los últimos años, el Convenio ha sido objeto de numerosas críticas por parte de ciertos Estados latinoamericanos, que resultaron en la presentación de escritos de denuncia por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Actualmente, y desde el año 2016, las Reglas se encuentran en un proceso de actualización,⁵ cuyos avances han sido reflejados recientemente en una nueva propuesta de enmiendas a las Reglas del Ciadi.⁶

³ LOWENFELD, Andreas. «The ICSID Convention: Origin and Transformation». En *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2009. vol. 38, p. 49. Recuperado de

<<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1109&context=gjicl>>.

⁴ Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 9 de junio de 2020), Ciadi. Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID-3-SP.pdf>>.

⁵ Comunicado del Ciadi del 14 de noviembre de 2016 <<https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/lanzamiento-del-proceso-de-actualizacion-de-las-reglas-y-reglamento>>.

⁶ Ciadi, Documento de Trabajo N° 4, Propuesta de enmiendas a las Reglas del Ciadi, tomo 3, febrero de 2020

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf>. En consideración del desarrollo que se hará del tema en el presente artículo cabe precisar que la nueva propuesta de enmiendas no incluye cambios a los mecanismos de revisión de los laudos arbitrales dictados bajo el Convenio Ciadi.

En cuanto a sus características, el sistema arbitral instituido por el Convenio Ciadi presenta las particularidades propias de todos los procedimientos arbitrales en cuanto a que los mismos son eminentemente *consensuales*. En este sentido, consiste en el sometimiento voluntario específico de una controversia suscitada entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión.⁷ Asimismo, la tramitación del procedimiento arbitral se encuentra definida por el Convenio Ciadi, las Reglas de Arbitraje del Ciadi y el acuerdo de las partes, por lo que cuenta con la nota de flexibilidad característica del arbitraje.⁸

Como adelantamos, el sistema Ciadi fue creado específicamente para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados. Por tanto, cuenta además con la nota de *especialización*, puesto que sólo pueden someterse al Centro aquéllas «diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión».⁹ La referencia a la naturaleza «jurídica» de las disputas implica una exclusión de aquéllas disputas políticas o comerciales que puedan surgir entre un inversionista y un Estado.¹⁰ En cuanto a la interpretación del término «inversión» utilizado en el Convenio, el hecho de que dicho Convenio no incluya una definición responde a una decisión deliberada de sus redactores, quienes reconociendo la dificultad de acordar una definición completa y adecuada, resolvieron en el sentido de brindar la mayor amplitud al término posible.¹¹ Sin embargo, el hecho de que el Convenio Ciadi prevea en su artículo 25 ciertos requisitos para determinar la jurisdicción del Centro puede implicar, en ocasiones, ciertas dificultades, ya que un

⁷ Convenio Ciadi, artículo 25.

⁸ Convenio Ciadi, artículo 44.

⁹ Convenio Ciadi, artículo 25(1).

¹⁰ ICSID; CIRDI y CIADI. «SID/63-2 (February 18, 1963). Paper prepared by the General Counsel and transmitted to the members of the Committee of the Whole». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 1. Documents 1-43*, p. 83. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>.

¹¹ *Ibidem*.

inversionista que desee presentar un reclamo arbitral bajo ese marco deberá satisfacer acumulativamente las condiciones establecidas tanto en el tratado, ley o contrato respectivo, como en el propio Convenio.¹²

El rasgo más distintivo del procedimiento arbitral ante el Ciadi es, sin lugar a dudas, su *autonomía e independencia* respecto del derecho nacional y de los tribunales nacionales, ya sea del Estado parte del proceso, o de un tercer Estado.¹³ La principal relevancia de este aspecto se manifiesta con relación a los remedios disponibles a las partes luego de que un laudo ha sido dictado:¹⁴ a diferencia de lo que sucede con el arbitraje comercial, o el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi, para los casos iniciados bajo el Convenio, los únicos controles que se pueden realizar respecto del laudo son aquéllos previstos específicamente en los artículos 49 a 52 del Convenio.¹⁵ Es decir, las partes no pueden valerse de los recursos previstos en las legislaciones procesales nacionales como herramientas para la revisión de los laudos arbitrales (en la mayoría de las jurisdicciones, el llamado «recurso de anulación»).

¹² VINUESA, Raul Emilio. «Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID: The Latin American Experience». En *Law and Business Review of the Americas*, 2002, n.º 4, vol. 8. Recuperado de <<https://scholar.smu.edu/lbra/vol8/iss4/2>>, p. 504 («Consent under BITs does not necessarily correspond to consent under ICSID. When an objection is raised to ICSID arbitral jurisdiction provided under a BIT, it follows that jurisdiction should be tested by the Tribunal, which is accomplished through two different sets of legal requirements. First, BIT jurisdictional requirements must be met. Second, ICSID Convention jurisdictional requirements must be also met. Both sets of requirements perform a sort of double filter in order to confirm ICSID jurisdiction»).

¹³ ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002, vol. II, p. 225.

¹⁴ CIADI. *Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*. 5 de mayo de 2016. Recuperado de <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>>, p. 1.

¹⁵ Como se desarrollará más adelante, estos mecanismos de revisión no excluyen las potestades que pueden corresponder a las cortes que resultarían competentes en el marco de un eventual procedimiento para lograr el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, sobre todo para el caso de procedimientos de ejecución iniciados en Estados que no son miembros del Convenio. Para estos casos, según la ley procesal de la sede de ejecución, podría existir un control más intenso por parte de las cortes locales. Con frecuencia, dicho control será el que corresponda bajo el artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), que prevé una revisión limitada fundada en causales previstas taxativamente.

En este sentido, el sistema Ciadi ha sido descrito como «autocontenido» (*self-contained*) o «deslocalizado» (*delocalized*), debido a su total independencia de cortes estatales, de cualquier Estado.¹⁶ Esta característica surge a texto expreso del artículo 53(1) del Convenio, el que dispone que

El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.¹⁷

Como se colige de lo anterior, la importancia de la sede arbitral respecto de procedimientos arbitrales en el ámbito del Ciadi es muy limitada, siendo que ninguna ley procesal nacional resulta aplicable al procedimiento arbitral y, en principio, los tribunales locales no ejercen control alguno sobre el laudo. Podría llegar a entenderse incluso que en el marco de los procedimientos arbitrales dentro del sistema Ciadi no corresponde estrictamente referirse a «sede arbitral» alguna, sino al «lugar del procedimiento».¹⁸

En efecto, el Convenio contiene disposiciones relativas al lugar donde se llevará a cabo el procedimiento,¹⁹ consagrando la regla que, en principio, los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán en la sede del Ciadi (Washington, D. C.), salvo que exista un acuerdo entre las partes en el sentido de que el procedimiento se tramite en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o en cualquier otro lugar sujeto, en este caso a la aprobación de la Comisión de Conciliación o el tribunal, según corresponda. Sin embargo, la designación del lugar no tendrá impacto jurídico alguno sobre el procedimiento, ni sobre el laudo arbitral que resulte del mismo. En este sentido, la diferencia con la

¹⁶ CIADI. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁷ Convenio Ciadi, artículo 53(1).

¹⁸ En efecto, éste es el título del capítulo VII del Convenio, en el que se encuentran las disposiciones equiparables a aquéllas utilizadas habitualmente en los reglamentos de arbitraje para designar la sede arbitral.

¹⁹ Convenio Ciadi, artículos 62 y 63.

relevancia de la sede del arbitraje en términos de un arbitraje fuera del sistema Ciadi, ya sea comercial o de inversión, es abismal.

3. DIFERENCIAS EN LOS RECURSOS PROCEDENTES CONTRA EL LAUDO DE INVERSIÓN DENTRO Y FUERA DEL SISTEMA CIADI

Existen múltiples diferencias entre el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi y el arbitraje Ciadi. Una de las principales diferencias, tanto desde el punto de vista teórico como en cuanto a consecuencias prácticas, radica en los recursos procedentes contra el laudo y, en particular, las causales y el proceso de revisión del laudo.

Además, la selección de foro y sede tiene otros impactos importantes en un arbitraje de inversión. Por ejemplo, además de la revisión del laudo por parte de los tribunales de la sede de arbitraje, el laudo podrá ser sometido a un segundo control por parte de los tribunales de la jurisdicción donde se pretenda obtener su reconocimiento y ejecución. En el arbitraje fuera del sistema Ciadi, el control por parte de éstos últimos se encuentra parcialmente sujeto al control previo de los tribunales de la sede. Ello en virtud del artículo V de la Convención de Nueva York, que contempla la potestad de los tribunales de la jurisdicción donde se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo de denegar la solicitud si el laudo ha sido anulado o suspendido por la autoridad competente de la sede de arbitraje, entre otras causales previstas taxativamente en la norma.

Por el contrario, en el sistema Ciadi, este control se encuentra limitado por lo previsto en el artículo 54 del Convenio, conforme con el cual

[...] todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase

de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.²⁰

Esta norma ha sido distinguida como una de las disposiciones más relevantes en el Convenio y una de las particularidades que diferencia al sistema de otros instrumentos aplicables a la resolución de disputas internacionales, ya que habitualmente la ejecución de los laudos arbitrales está librada a lo previsto en las leyes domésticas o en los tratados específicamente aplicables a la materia.²¹ En efecto, el texto del artículo 54 fue concebido a efectos de establecer un vínculo directo entre las decisiones adoptadas a nivel internacional y su implementación local, limitando aún más las causales restrictivas previstas en la Convención de Nueva York al punto de no recoger ninguna de ellas.²² Cabe destacar que si bien el artículo 54 aplica a ambas partes del proceso arbitral sin distinción, el mecanismo se originó en beneficio de los Estados, contemplando su preocupación ante la situación de la ejecución de un laudo arbitral contrario a un inversionista demandante.²³ Este sistema ha sido denominado como de «reconocimiento automático», dada su simplicidad.²⁴ Como veremos más adelante, una decisión de anulación emitida por una comisión *ad hoc* respecto de un laudo Ciadi elimina la obligación de su reconocimiento y ejecución por parte de los Estados miembros.²⁵

²⁰ Convenio Ciadi, artículo 54.

²¹ SCHREUER, Christoph H.; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y Anthony SINCLAIR. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1117-1118.

²² ICSID; CIRDI y CIADI. «Consultative Meeting of Legal Experts. Summary Record of Proceedings, febrero de 1964». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 1. Documents 1-43*. Recuperado de <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>, intervención del Sr. Broches. Como veremos más adelante, sin embargo, la mayoría de las causales para denegar la ejecución de un laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York están previstas, *mutatis mutandis*, como fundamentos para el recurso de anulación bajo el Convenio Ciadi.

²³ SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 1119.

²⁴ Nótese, sin embargo, que el sistema que hemos descrito resulta aplicable a obligaciones pecuniarias. Respecto de las obligaciones no pecuniarias, estarán sujetas al control que corresponda a las cortes domésticas de la jurisdicción donde se ejecute el laudo arbitral bajo el artículo V de la Convención de Nueva York.

²⁵ SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 1126.

La elección de foro también determinará la potestad de las autoridades judiciales para adoptar medidas cautelares o provisionales: mientras que bajo el sistema Ciadi, las partes solamente podrán solicitar a la autoridad judicial que dicte medidas provisionales para la preservación de sus derechos e intereses si así lo estipularon en el convenio que registre su consentimiento,²⁶ conforme a las Reglas de Arbitraje del CNUDMI, se puede recurrir a autoridad judicial para medidas cautelares sin necesidad de estipulación expresa al respecto.²⁷

Por cuestiones de espacio, en este artículo nos concentraremos exclusivamente en las diferencias en cuanto a la revisión de laudos en el sistema Ciadi y fuera de dicho sistema.

3.1. Arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi

Como mencionamos arriba, al igual que en el arbitraje comercial, en el arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi es indispensable seleccionar una sede arbitral. La ley de la sede arbitral define, entre otros aspectos, cuáles serán los recursos procedentes contra el laudo, sus causales, procedimientos y la autoridad competente para entender en los mismos.

En general, el único recurso procedente contra un laudo arbitral —independientemente de la sede— es el recurso de anulación.²⁸ Los

²⁶ Reglas de Arbitraje Ciadi, Regla 39(6) («Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses»).

²⁷ Reglas de Arbitraje CNUDMI, artículo 26(9) («[...] la solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no será tenida por incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo»). Soluciones similares han sido recogidas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI (artículo 28[1]), el Reglamento de Arbitraje de la CPA (artículo 26[9]) y en las Reglas de Arbitraje de la SCC (artículo 37[5]).

²⁸ Véase, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34(1) («Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo»).

motivos de anulación de un laudo se encuentran exhaustivamente previstos en la ley de la sede y si bien varían de jurisdicción en jurisdicción, la gran mayoría de las legislaciones arbitrales modernas están basadas en los mismos principios y contemplan causales similares, inspiradas en las causales previstas en la Ley Modelo del CNUDMI para rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo.²⁹ En líneas generales, las causales de anulación de un laudo se pueden agrupar en cuatro categorías: (i) causales relacionadas a la jurisdicción del tribunal arbitral; (ii) causales relacionadas a irregularidades en la constitución del tribunal arbitral, o a la independencia e imparcialidad de los miembros del tribunal arbitral; (iii) causales relacionadas a violaciones del debido proceso; y (iv) causales relacionadas a violaciones del orden público o a la arbitrabilidad de la materia. En principio, todas las jurisdicciones excluyen la posibilidad de revisar un laudo por cuestiones de fondo o sustanciales. En otras palabras, no se permite la apelación de un laudo arbitral ante los tribunales nacionales de la sede de arbitraje.

Si bien, a grandes rasgos, las causales de anulación parecerían ser similares entre jurisdicciones, en la práctica podemos identificar varias diferencias. Por ejemplo, la interpretación y aplicación de las causales de revisión puede variar significativamente entre los tribunales nacionales en las diferentes jurisdicciones. Además, los plazos y procedimientos también varían entre las diferentes jurisdicciones, incluyendo la posibilidad de interponer recursos de apelación e incluso de casación contra la sentencia que resuelva la anulación.

En principio, las mismas disposiciones y mecanismos aplicables a la revisión de laudos de arbitraje comercial son aplicables al proceso de revisión de laudos de arbitraje de inversión, según confirmaron expresamente algunos tribunales nacionales. Por ejemplo, en el proceso de anulación iniciado por la Federación Rusa contra el Sr. Sedelmayer con relación al laudo emitido por el tribunal arbitral en Franz Sedelmayer c.

²⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34(2).

Federación Rusa, la Corte del Distrito de Estocolmo sostuvo que salvo acuerdo en contrario entre las partes, la ley sueca dispone que la ley sueca es aplicable a los procedimientos arbitrajes con sede arbitral en Suecia, incluyendo en caso de arbitrajes de inversión basados en un tratado de inversión que involucren aspectos de derecho internacional público. Por tanto, aun cuando ninguna de las partes tuviera conexión alguna con Suecia, los tribunales suecos tienen competencia para revisar y anular el laudo que resulte de un arbitraje de inversión con sede en Suecia.³⁰

Igualmente, en el proceso iniciado por la República de Ecuador contra Occidental Exploration and Production Company con relación al laudo dictado por el tribunal arbitral en Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador, el juez del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales sostuvo que aun cuando el caso implique aspectos de derecho internacional, al haberse fijado la sede de arbitraje en Londres, el procedimiento había quedado sujeto a la ley inglesa y los tribunales de Inglaterra y Gales eran los competentes para entender en un proceso de anulación del laudo.³¹

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, identificamos algunos desafíos que pueden plantear los procesos de revisión de laudos de inversión ante tribunales nacionales, en atención a la naturaleza y características particulares del arbitraje de inversión.

En primer lugar, en el arbitraje comercial, la jurisdicción del tribunal arbitral se determina, generalmente, en atención a si la disputa «deriva o guarda relación con» el contrato que contiene la cláusula arbitral. En el

³⁰ Véase Federación Rusa c. Sedelmayer, Decisión de la Corte de Distrito de Estocolmo, 12 de diciembre de 2002, Caso n.º T6-583-98. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones. Véase Decisión de la Corte de Apelaciones de Svea, 15 de junio de 2005, Caso n.º T6-583-98. Véase también RosinvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa, Decisión de la Suprema Corte de Suecia, 12 de noviembre de 2010, párrs. 4-6.

³¹ Véase República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company, Decisión del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 29 de abril de 2005, Caso n.º 2004 folio 656. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones. Véase Decisión de la Corte de Apelaciones (División Civil), 9 de septiembre de 2005, Caso n.º A3/2005/1121.

arbitraje de inversión, en cambio, la determinación de la jurisdicción de un tribunal arbitral de inversión implica un análisis más complejo, que muchas veces involucra cuestiones de hecho y derecho (nacional e internacional) y que frecuentemente se encuentran estrechamente ligadas al fondo del asunto. Ello plantea ciertos desafíos a los tribunales nacionales que deben revisar la decisión sobre jurisdicción en un laudo, ya que su potestad se extiende únicamente a la revisión de los aspectos jurisdiccionales, pero no a los asuntos de fondo.

Por ejemplo, uno de los elementos esenciales para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral en un arbitraje bajo un tratado de inversión consiste en constatar que el o los demandantes califiquen como inversionistas protegidos que hayan hecho una inversión protegida por el tratado. Ahora bien, muchas veces a efectos de constatar que el inversionista realizó una inversión protegida es necesario analizar ciertos aspectos relativos al fondo de la disputa. En estos casos, el tribunal nacional competente para decidir sobre el recurso de anulación podría verse en la disyuntiva entre (i) no revisar los asuntos de jurisdicción que fueron sometidos a su consideración; o (ii) correr el riesgo de revisar el fondo del asunto y así convertir el recurso de anulación en una especie de apelación del laudo arbitral que, como vimos, en principio no está permitido bajo las legislaciones nacionales. La alternativa más apropiada dependerá de los hechos concretos de cada caso, así como de las potestades del tribunal bajo la ley aplicable en su jurisdicción.

En segundo lugar, y sin perjuicio de las potestades limitadas que tienen los tribunales nacionales para revisar los laudos, en varias jurisdicciones los tribunales nacionales aplican un criterio *de novo* a la hora de revisar la jurisdicción del tribunal arbitral. Es decir, el tribunal nacional efectúa un análisis independiente de la jurisdicción del tribunal arbitral, sin tomar en consideración la decisión previa del propio tribunal arbitral. De este modo, el tribunal nacional podría anular el laudo arbitral en caso de que su análisis y conclusiones sobre los aspectos jurisdiccionales difieran del análisis y conclusiones del tribunal arbitral.

Esto puede plantear ciertos problemas. En primer lugar, podría contravenir el principio básico del arbitraje de *kompetenz-kompetenz* en virtud del cual los árbitros tienen la potestad para decidir sobre su propia competencia. Es así que, en caso de que los tribunales nacionales opten por un análisis *de novo* de la jurisdicción del tribunal arbitral, podría considerarse violentado el principio *kompetenz-kompetenz*.³² Además, podría considerarse en contravención a la obligación contenida en el artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de reconocer los acuerdos de arbitraje y afectaría la naturaleza jurídica del arbitraje internacional y los laudos que resulten del procedimiento, incluyendo la finalidad de los laudos arbitrales.³³

Además, la aplicación del criterio *de novo* puede generar incertidumbre y desconfianza en el sistema de revisión de laudos, sobre todo en aquellos casos en que los tribunales nacionales —con limitados conocimientos y experiencia en asuntos de derecho internacional y/o de inversiones— deben revisar la decisión de un tribunal arbitral conformado por árbitros con vasta experiencia en derecho internacional y/o de inversiones y seleccionados por las partes precisamente en atención a dicha experiencia.

A pesar de ello, como veremos a continuación, algunos tribunales nacionales en varias jurisdicciones han confirmado la aplicación del criterio *de novo* para la revisión de aspectos jurisdiccionales en laudos de inversión. Ello ha sucedido incluso en varias jurisdicciones tradicionalmente reconocidas como «pro arbitraje», como puede ser Francia, Países Bajos, Suecia o el Reino Unido, donde tribunales nacionales han anulado laudos de inversión luego de realizar un análisis *de novo* de la jurisdicción

³² En este sentido, cabe mencionar que el principio *kompetenz-kompetenz* se ha interpretado como la facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia, sujeto a la revisión posterior —eventualmente, *de novo*— por parte de las cortes locales según corresponda. Véase, por ejemplo, BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration. Third Edition*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, capítulo 7.02(F).

³³ Véase BORN, Gary B. *Op. cit.*, capítulo 25.01(B).

del tribunal y concluir que el tribunal carecía de jurisdicción para entender el caso. A continuación, analizaremos algunos de estos casos.

En Países Bajos, los tribunales nacionales revisaron el laudo dictado por el tribunal arbitral en *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. Ecuador* en tres instancias. En primera instancia, la Corte del Distrito de La Haya sostuvo que los procesos de anulación no pueden ser utilizados como una «apelación encubierta» del laudo arbitral, por lo que, en principio, «la posibilidad de impugnar laudos arbitrales es restringida y el tribunal debe actuar con moderación en su análisis sobre los motivos de anulación de un laudo».³⁴ Sin embargo, en atención a la importancia del derecho de acceso a la justicia, en caso de que la causal de anulación sea la ausencia de acuerdo de arbitraje válido, el tribunal no debe actuar con restricción y, por el contrario, puede reexaminar el caso «en su totalidad».³⁵ En el caso concreto, la Corte analizó *de novo* la naturaleza jurídica de la disputa entre Ecuador y Chevron, y concluyó que se trataba de una disputa relacionada a una inversión, por lo que rechazó la solicitud de anulación de la decisión del tribunal arbitral sobre este punto. En cuanto a las otras causales de impugnación del laudo (por ejemplo, violación del orden público), al no referirse a la validez del acuerdo de arbitraje, la Corte no consideró necesario efectuar un análisis *de novo*. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Haya y la Suprema Corte de Justicia de Países Bajos.³⁶

³⁴ República de Ecuador c. Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company, Decisión de la Corte de Distrito de La Haya, 20 de enero de 2016, Caso n.º C/09/477457/HA ZA 14-1291, párr. 4.3.

³⁵ República de Ecuador c. Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company, Decisión de la Corte de Distrito de La Haya, 20 de enero de 2016, Caso n.º C/09/477457/HA ZA 14-1291, párr. 4.4.

³⁶ Véase República de Ecuador c. Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company, Decisión de la Corte de Apelaciones de La Haya, 18 de julio de 2017, parr. 5.2 («La corte de apelaciones concuerda con la opinión de la corte de distrito en que las posibilidades de impugnar un laudo arbitral se encuentran restringidas y que los jueces deben actuar con moderación, especialmente ante la interrogante de si el laudo contradice el orden público. Se exceptúa de este análisis restringido los casos en que se cuestiona la validez del acuerdo de arbitraje. El principio de libre acceso a la justicia implica que, en última instancia, deberá ser un juez que determine si el tribunal arbitral tiene jurisdicción o no, y en estos casos no es

El mismo criterio fue adoptado por los tribunales holandeses en el proceso de anulación del laudo emitido por el tribunal en Yukos c. Federación Rusa. En ese caso, la Corte de Distrito de La Haya confirmó que el carácter fundamental del derecho de acceso a la justicia

[...] implica que, a diferencia del análisis restrictivo que corresponde en los procesos de impugnación de laudo, el tribunal no debe restringir su análisis en caso de que la solicitud de anulación se haya presentado sobre la base de la falta de acuerdo de arbitraje válido.³⁷

Además, la Corte sostuvo que la carga de la prueba con relación a la jurisdicción del tribunal recae sobre los demandantes en el arbitraje. La Corte de primera instancia finalmente resolvió anular el laudo arbitral. La decisión de la Corte de Distrito de La Haya de anular el laudo arbitral fue revocada por la Corte de Apelación de La Haya. En efecto, la Corte de Apelación efectuó un análisis *de novo* y exhaustivo sobre la jurisdicción del Tribunal, pero no se pronunció sobre la carga de la prueba con relación a la jurisdicción del tribunal, por entender que se trataba de un punto irrelevante en el caso concreto.³⁸ Además, la Corte de Apelación analizó nuevos medios de prueba presentados por ambas partes en el marco del proceso de anulación. Actualmente, el caso se encuentra ante la Suprema Corte de Justicia de Países Bajos, que decidirá en tercera y última instancia sobre la validez del laudo emitido por el tribunal arbitral en Yukos c. Federación Rusa.

En el Reino Unido, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales entendió que su deber consiste en determinar si la decisión del

apropiado limitar el análisis»); Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Países Bajos, 12 de abril de 2019.

³⁷ Federación Rusa c. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited y Hulley Enterprises Limited, Decisión de la Corte de Distrito de La Haya, 20 de abril de 2016, párr. 5.4.

³⁸ Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited y Hulley Enterprises Limited c. Federación Rusa, Decisión de la Corte de Apelación de La Haya, 18 de febrero de 2020, párr. 3.1.2.

tribunal arbitral es «correcta».³⁹ Así, en el proceso de revisión del laudo dictado en *Occidental Exploration and Production c. Ecuador*, el Tribunal entendió que era

[...] inevitable que este tribunal deba examinar no solamente el alcance de la cláusula de resolución de controversias en el tratado bilateral de inversiones aplicable, sino que también debe examinar la forma en que las partes presentaron la disputa ante el tribunal arbitral.⁴⁰

Luego de un análisis detallado de los diferentes aspectos jurídicos y fácticos relevantes para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral, el Tribunal Superior concluyó que el tribunal arbitral tenía jurisdicción para entender en el caso iniciado por Occidental contra Ecuador, por lo que ratificó el laudo dictado a favor del inversionista.⁴¹ La decisión del Tribunal Superior fue confirmada por la Corte de Apelación.⁴²

También en Francia, en el proceso de revisión del laudo dictado por el tribunal en *Energogalians c. Moldavia*, la Corte de Apelaciones entendió que aun en arbitrajes iniciados en virtud de un tratado internacional, el deber de la Corte consiste en «investigar todos los elementos de derecho y de hecho que le permitan evaluar el alcance el acuerdo de arbitraje».⁴³ Por lo tanto, la Corte procedió a analizar la cláusula de resolución de controversias contenida en el Tratado de la Carta de la Energía, así como los términos «inversionista» e «inversión», a la luz de los principios de

³⁹ República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company, Decisión del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 2 de marzo de 2006, Caso n.º 04/656, párr. 7. Véase también República Checa c. European Media Ventures S. A., 5 de diciembre de 2007, Caso 2007, folio 974, párr. 13.

⁴⁰ República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company, Decisión del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 2 de marzo de 2006, Caso n.º 04/656, párr. 79.

⁴¹ República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company, Decisión del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 2 de marzo de 2006, Caso n.º 04/656, párr. 138.

⁴² Véase Decisión de la Corte de Apelaciones (División Civil), 4 de julio de 2007, Caso n.º A3/2006/1116.

⁴³ República de Moldova c. Sociétés Komstroy, Decisión de la Corte de Apelaciones de París, 12 de abril de 2016, Caso n.º 13/22531, p. 5.

interpretación de tratados establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Corte de Apelaciones concluyó que el supuesto inversionista no había realizado una inversión protegida en Moldavia y, por lo tanto, anuló el laudo dictado por el tribunal arbitral.⁴⁴ Esta decisión fue revertida en casación por la Corte de Casación luego de analizar los aspectos de hecho y derecho relativos a la jurisdicción del tribunal arbitral.⁴⁵

En Suiza, el Tribunal Federal de Suiza también efectuó un análisis «independiente, incluyendo cuestiones preliminares de fondo que son determinantes para la jurisdicción del tribunal arbitral» al revisar la decisión sobre jurisdicción del tribunal arbitral en *Saluka c. República Checa*.⁴⁶ En última instancia, el Tribunal rechazó la solicitud de anulación y entendió que el tribunal arbitral tenía jurisdicción para decidir sobre los reclamos de *Saluka* contra la República Checa.

Igualmente, la Corte Suprema de la República de Singapur analizó la decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal arbitral en *Sanum Investments Ltd. c. Laos*, constituido bajo el tratado bilateral de inversiones concluido entre la República Popular China y Laos. La Corte confirmó que, bajo la ley de arbitraje de Singapur, la Corte debía realizar un análisis *de novo*, es decir, analizar nuevamente la cuestión de jurisdicción ya decidida por el tribunal arbitral en su decisión sobre cuestiones preliminares. En particular, la Corte sostuvo que al no existir fundamento legal para distinguir entre la revisión de laudos comerciales o de inversión, el análisis *de novo* es aplicable en ambos casos, independientemente de la eminencia o experiencia de los árbitros que hayan entendido el

⁴⁴ Véase *República de Moldova c. Société Komstroy*, Decisión de la Corte de Apelaciones de París, 12 de abril de 2016, Caso n.º 13/22531.

⁴⁵ Véase *República de Moldova c. Société Komstroy*, Decisión de la Corte de Casación, 11 de abril de 2018, Caso n.º 16-16568. La Corte de Casación reenvió el caso a la Corte de Apelaciones, que por decisión del 24 de septiembre de 2019 decidió elevar ciertos aspectos a la consideración de la Corte de Justicia de la Unión Europea. El caso se encuentra pendiente de resolución.

⁴⁶ *República Checa c. Saluka Investments BV*, Decisión del Tribunal Federal de Suiza, 7 de septiembre de 2006, párr. 6.2.

arbitraje.⁴⁷ Luego de efectuar un detallado análisis del tratado y las circunstancias de hecho, la Corte concluyó que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción bajo el tratado bilateral de inversiones para decidir sobre los reclamos de expropiación presentados por Sanum Investments contra Laos.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Singapur confirmó que el análisis apropiado es *de novo*, que implica «analizar el asunto nuevamente, como si el primer análisis no hubiera tenido lugar».⁴⁸ Por lo tanto, no es necesario prestar deferencia a las conclusiones del tribunal arbitral, «la Corte debería considerar el asunto nuevamente» y «no está obligada a aceptar o tomar en cuenta las conclusiones del tribunal arbitral sobre el asunto».⁴⁹ Igualmente, resaltó que «el reconocimiento o eminencia» de los miembros del tribunal arbitral que dictó el laudo sujeto a revisión no debería ser un factor a tener en cuenta por el tribunal nacional, sino «la fuerza y la calidad del razonamiento» reflejado en la decisión.⁵⁰ Al igual que la Suprema Corte, la Corte de Apelaciones realizó un análisis detallado de las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes (incluidos aspectos complejos de derecho internacional público, interpretación de tratados internacionales y sucesión de Estados), pero concluyó que el tribunal arbitral sí tenía jurisdicción para decidir sobre los reclamos de Sanum Investment contra Laos, por lo que confirmó la validez de la decisión sobre jurisdicción del tribunal arbitral.

También en Suecia, los tribunales han efectuado análisis *de novo* al determinar la jurisdicción de tribunales arbitrales. Por ejemplo, al analizar la decisión de jurisdicción en *Petrobart c. Kirguistán II*, la Corte de Apelaciones de Svea analizó exhaustivamente varios asuntos relativos

⁴⁷ Gobierno de la República Democrática de Laos c. Sanum Investments Ltd., Decisión de la Suprema Corte de la República de Singapur, 20 de enero de 2015, párrs. 32-35.

⁴⁸ Sanum Investments Ltd. c. Gobierno de la República Democrática de Laos, Decisión de la Corte de Apelaciones de la República de Singapur, 29 de septiembre de 2016, párr. 41.

⁴⁹ Sanum Investments Ltd. c. Gobierno de la República Democrática de Laos, Decisión de la Corte de Apelaciones de la República de Singapur, 29 de septiembre de 2016, párr. 41.

⁵⁰ Sanum Investments Ltd. c. Gobierno de la República Democrática de Laos, Decisión de la Corte de Apelaciones de la República de Singapur, 29 de septiembre de 2016, párr. 44.

a la validez e interpretación de la Carta del Tratado de la Energía y su aplicación provisional con respecto a Gibraltar.⁵¹ Finalmente, la Corte de Apelaciones confirmó la decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal arbitral.

Igualmente, al analizar la decisión de jurisdicción emitida por el tribunal arbitral en *Renta 4 c. Federación Rusa*, la Corte de Distrito de Estocolmo optó por realizar un análisis «*prima facie*» y «completo» de las cuestiones en disputa, para lo cual aceptó y analizó nueva evidencia e informes de expertos presentados por las partes.⁵² La Corte concluyó que el tribunal arbitral tenía jurisdicción y rechazó el pedido de anulación presentado por la Federación Rusa. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Svea examinó las mismas circunstancias y evidencia que había analizado la Corte de Distrito, incluyendo cuestiones complejas de interpretación de tratados. A diferencia de la Corte de Distrito, la Corte de Apelaciones concluyó que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción bajo el Tratado Bilateral de Inversiones entre la Federación Rusa y España, resultando en la anulación de la decisión del laudo arbitral.⁵³

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Ontario (Canadá) sostuvo en su decisión sobre anulación del laudo emitido por el tribunal en *Bayview c. México* que su rol «al realizar la revisión judicial de la decisión no implica llevar a cabo un análisis de novo sobre los asuntos de la decisión del Tribunal Arbitral sobre su jurisdicción».⁵⁴ Ello en vistas del «respeto» que los tribunales nacionales deben a la experiencia y conocimiento de los tribunales internacionales, que son nominados por las partes de conformidad con un procedimiento igualmente acordado por las partes. Por lo tanto, «si bien las decisiones de tribunales

⁵¹ República de Kirguistán c. Petrobart Limited, Decisión de la Corte de Apelaciones de Svea, 19 de enero de 2007.

⁵² Federación Rusa c. GBI 9000 SICAV S. A. y otros, Decisión de la Corte de Distrito de Estocolmo, 11 de septiembre de 2014, p. 26.

⁵³ Federación Rusa c. GBI 9000 SICAV S. A. y otros, Decisión de la Corte de Apelaciones de Svea, 18 de enero de 2016.

⁵⁴ Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos, Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Ontario, 5 de mayo de 2008, párr. 60.

internacionales pueden ser impugnadas, cualquier impugnación debe ser contrastada con la “fuerte presunción” de que el tribunal actuó dentro de los límites de su autoridad». ⁵⁵ Así, «la decisión de un tribunal arbitral no es inválida por ser incorrecta en un punto de hecho o de derecho», solamente en casos graves es posible anular una decisión arbitral. ⁵⁶ La Corte falló lo siguiente: «Me remito a la experiencia del tribunal arbitral para decidir las cuestiones de fondo y de procedimiento que se le presentaron. No veo razón alguna para que esta Corte intervenga y anule la decisión del tribunal arbitral». ⁵⁷ Esta posición fue matizada y explicada en casos más recientes como *Cargill c. México* ⁵⁸ y *Mobil c. Canadá* que, no obstante, mantuvieron una posición relativamente restrictiva acerca del grado de intervención y revisión que se les permite a los tribunales nacionales. ⁵⁹

En tercer lugar, además de las consideraciones sobre jurisdicción que analizamos anteriormente, la solicitud de anulación de un laudo de inversión puede obedecer a otras causales previstas por la ley. En estos casos, en general no es de aplicación el criterio *de novo* discutido anteriormente.

En este sentido, la Corte de Distrito de La Haya sostuvo que

[...] el método de revisión que la corte debe aplicar con respecto a las diversas causales de anulación contenidas en el artículo 1064 de la Ley

⁵⁵ *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Ontario, 5 de mayo de 2008, párr. 63.

⁵⁶ *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Ontario, 5 de mayo de 2008, párr. 63.

⁵⁷ *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Ontario, 5 de mayo de 2008, párr. 77.

⁵⁸ Véase *Estados Unidos Mexicanos c. Cargill, Incorporated*, Decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario, 4 de octubre de 2011, párrs. 33-53.

⁵⁹ Véase *Procurador General de Canadá c. Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation*, Decisión de la Suprema Corte de Justicia de Ontario, 16 de febrero de 2016, párr. 37.

de Arbitraje —una revisión restringida o completa— depende de la causal de anulación que se haya invocado.⁶⁰

En línea con este fallo, la Suprema Corte de Países Bajos concluyó, en el marco del procedimiento de revisión del laudo dictado por el tribunal arbitral en *Chevron c. Ecuador*, que cuando la causal de revisión invocada sea la violación del orden público, las cortes nacionales deben realizar un análisis restrictivo de la decisión del tribunal arbitral. Ello a efectos de no utilizar el proceso de revisión como una «apelación encubierta». Además, la Corte observó que «en vista del interés público en el funcionamiento efectivo de los procedimientos arbitrales, las cortes solamente pueden intervenir en casos claros de violación del orden público».⁶¹

Por su parte, en el marco de la anulación del laudo dictado por el tribunal en *BG Group c. Argentina*, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos concluyó que el requisito de someter la disputa de inversión a los tribunales del Estado constituye «una condición procesal que debe preceder al arbitraje», pero que no afecta a la jurisdicción del tribunal arbitral.⁶² Como tal, la interpretación y aplicación del requisito recae «ante todo» sobre el tribunal arbitral y las cortes de la sede no pueden revisar la decisión del tribunal *de novo*. Por el contrario, deben actuar con «deferencia considerable».⁶³

⁶⁰ República de Ecuador c. Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company, Decisión de la Corte de Distrito de La Haya, 2 de mayo de 2012, párr. 4.4.

⁶¹ República de Ecuador c. Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company, Decisión de la Suprema Corte de Países Bajos, 12 de abril de 2019, párr. 4.3.2.

⁶² BG Group PLC c. República de Argentina, Decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos, 5 de marzo de 2014, p. 13. Véase cf República de Argentina c. BG Group PLC, Decisión de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Circuito de Distrito de Columbia, 17 de enero de 2012 y República de Argentina c. BG Group PLC, Decisión de la Corte de Distrito para el Distrito de Columbia, 7 de junio de 2010.

⁶³ BG Group PLC c. República de Argentina, Decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos, 5 de marzo de 2014, p. 14.

3.2. Revisión de los laudos dictados por tribunales Ciadi

En la subsección anterior, hemos visto cómo la sede arbitral elegida para un arbitraje de inversión fuera del sistema Ciadi impacta en la revisión de los laudos arbitrales correspondientes, tanto en cuanto a la interpretación y aplicación de las causales de anulación, como al número y el tipo de instancias a las que dicho recurso podría someterse.

Por contraste, en los arbitrajes promovidos en el marco del Convenio Ciadi, el rol de la sede arbitral resulta prácticamente marginal, puesto que los mecanismos de revisión del laudo arbitral se encuentran circunscritos a aquéllos previstos en el propio Convenio, que se tramitan con total autonomía respecto de las cortes nacionales del lugar del procedimiento arbitral seleccionado de conformidad con los artículos 62 y 63 del Convenio.

Como hemos adelantado, las vías previstas para el control de laudos dictados en el marco del Convenio Ciadi son aquéllas taxativamente reguladas en dicho Convenio: (i) la rectificación de errores incurridos en el laudo y el dictado de una decisión suplementaria;⁶⁴ (ii) la interpretación del laudo por parte del tribunal;⁶⁵ (iii) la revisión del laudo en virtud de un hecho nuevo;⁶⁶ y (iv) la anulación del laudo por ciertos motivos limitados en el propio Convenio.⁶⁷ La nómina limitada y los motivos restrictivos de revisión previstos en el Convenio son el resultado de una

⁶⁴ Convenio Ciadi, artículo 49(2) («A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste»).

⁶⁵ Convenio Ciadi, artículo 50(1) («Si surgiera una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General»).

⁶⁶ Convenio Ciadi, artículo 51(1) («Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia»).

⁶⁷ Convenio Ciadi, artículo 52.

opción deliberada de los redactores en beneficio de la finalidad del laudo arbitral.⁶⁸

Resulta claro que el mecanismo que reviste una mayor importancia en cuanto a la intensidad de sus efectos sobre el laudo arbitral y la frecuencia con el que el mismo es utilizado por las partes, es el recurso de anulación, por lo que a continuación ahondaremos en (i) el procedimiento de anulación en el sistema Ciadi y sus particularidades; (ii) las causas que pueden ser invocadas a efectos de sustanciar dicho recurso y los criterios generales con que las mismas han sido aplicadas.

3.2.1. Procedimiento de anulación en el sistema Ciadi

En línea con el carácter autónomo del procedimiento arbitral previsto en el Convenio Ciadi, se optó por consagrar una solución que asegurara que los recursos disponibles contra el laudo se sustanciaran y resolvieran dentro del seno del propio sistema. Es así que el artículo 52(3) del Convenio dispone que las solicitudes de anulación presentadas por las partes deben resolverse por una Comisión integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros del Centro, y designada *ad hoc* para cada caso concreto. La Lista de Árbitros del Centro se integra con personas calificadas, designadas por los Estados parte, que deben contar con idoneidad moral y técnica a estos efectos, con reconocida competencia, particularmente en el campo del derecho.⁶⁹

La competencia de cada Comisión *ad hoc* se limita a pronunciarse sobre la admisibilidad de la solicitud de anulación que se hubiera formulado en el caso concreto. Para el caso que se resuelva admitir el recurso presentado, la Comisión solamente tendrá potestad para anular total o parcialmente el laudo, pero la Comisión no podrá resolver la disputa de fondo entre las partes, para ello será necesario, eventualmente, que se

⁶⁸ CIADI. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁹ Convenio Ciadi, artículos 12 a 16.

inicie un nuevo procedimiento ante un nuevo tribunal arbitral.⁷⁰ En caso de que esto suceda, tal y como lo entendió el segundo tribunal conformado en el caso de Amco c. Indonesia, el tribunal arbitral designado para volver a resolver sobre la disputa no se encuentra limitado por los motivos expresados por la Comisión *ad hoc* al momento de entender en el proceso de anulación del laudo.⁷¹

A efectos de preservar la imparcialidad e independencia de los miembros de la Comisión *ad hoc*, el Convenio Ciadi dispone que los mismos no podrán haber pertenecido al tribunal que dictó el laudo objeto del proceso, ser de la misma nacionalidad que cualquier de los miembros de dicho tribunal, ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de aquellos Estados, ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia.⁷²

A efectos de la presentación de la solicitud de anulación, las partes disponen de un plazo de ciento veinte días, a computarse desde que el laudo arbitral ha sido dictado (para las causales de anulación previstas en los literales (a), (b), (d) y (e) del artículo 52), o desde que se tuvo conocimiento del hecho de corrupción relevante a efectos de la solicitud de anulación (para la causal del literal c).⁷³

En cuanto a la tramitación del procedimiento de anulación subsiguiente, la misma se rige, *mutatis mutandis*, por las Reglas de Arbitraje del

⁷⁰ CIADI. *Op. cit.*, p. 12.

⁷¹ Amco c. Indonesia, caso reenviado: Decisión sobre Jurisdicción, 10 de mayo de 1988, párrafs. 43-44 («The authority given to the *Ad Hoc* Committee is clearly that of nullity and not of substantive revision. If the present Tribunal were bound by “integral reasoning” of the *Ad Hoc* Committee, then the present Tribunal would have bestowed upon the *Ad Hoc* Committee the role of an appeal court. The underlying reasoning of an *Ad Hoc* Committee could be so extensive that the tasks of a subsequent Tribunal could be rendered mechanical, and not consistent with its authority- as indicated in Article 52(6), which speaks of “the dispute” being submitted to a new Tribunal»).

⁷² Convenio Ciadi, artículo 52(3).

⁷³ Convenio Ciadi, artículo 52(2); CIADI. *Op. cit.*, p. 9.

Ciadi, tal y como lo prevé la Regla 53.⁷⁴ En general, las comisiones *ad hoc* deben garantizar el derecho de ambas partes a ser oídas, respetando el principio de igualdad procesal.⁷⁵ Para el proceso de anulación se asume que ciertos aspectos procesales acordados por las partes respecto del proceso principal, tales como el o los idiomas del proceso, el número de copias a presentarse, etcétera, se mantendrán.⁷⁶

Otra particularidad del procedimiento de anulación ante las Comisiones *ad hoc* es que, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento principal,⁷⁷ la totalidad de los anticipos necesarios para hacer frente a los gastos del procedimiento son de cargo de la parte que solicita la anulación del laudo.⁷⁸ El incumplimiento por parte de la parte solicitante de su obligación de hacer frente a los anticipos puede resultar en la discontinuación del procedimiento, lo cual sucede con bastante frecuencia.⁷⁹ Por tanto, este requisito opera en los hechos como un desincentivo financiero para la presentación de recursos de anulación abusivos o carentes de los fundamentos suficientes.

⁷⁴ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, Ciadi, Regla 53 («Estas Reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del Tribunal o Comité»)

⁷⁵ CIADI. *Op. cit.*, p. 17.

⁷⁶ ICSID Regulations and Rules (Doc. ICSID/4/Rec. 1), Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), Comentarios a la Regla 53, p. 117.

⁷⁷ En el procedimiento principal ante el Ciadi, ambas partes deben realizar ciertos pagos por adelantado para cubrir algunos costos del arbitraje, conforme con lo previsto en el Reglamento Administrativo y Financiero del Ciadi, Regla 14(3)(a).

⁷⁸ Reglamento Administrativo y Financiero del Ciadi, Regla 14(3)(e) («Si se registra una solicitud de anulación de un laudo, las disposiciones anteriores de esta Regla se aplicarán *mutatis mutandis*, salvo que sólo la parte que solicite la anulación deberá efectuar el pago anticipado que requiera el Secretario General para cubrir los gastos siguientes a la constitución del Comité, y sin perjuicio del derecho del Comité, de acuerdo con el artículo 52(4) del Convenio, para decidir cómo y por quién deberán pagarse los gastos incurridos en conexión con el procedimiento de anulación»).

⁷⁹ Ver, por ejemplo: *Italba c. Uruguay* (caso Ciadi n.º ARB/16/9), Order of the *ad hoc* Committee taking note of the Discontinuance of the Proceeding, 16 de junio de 2020; *Belmont c. Slovak Republic* (caso Ciadi n.º ARB/14/14), Order of the *ad hoc* Committee on the Discontinuance of the Proceeding, 31 de octubre de 2019; *Commerce Group & San Sebastian c. El Salvador* (caso Ciadi n.º ARB/09/17), Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 de agosto de 2013.

3.2.2. *Causas para la anulación de un laudo Ciadi*

Las causas previstas para la anulación de un laudo emanado de un procedimiento arbitral tramitado bajo el marco del Convenio Ciadi son aquéllas previstas en el artículo 52 de dicho Convenio.

Los motivos inicialmente previstos en el proyecto inicialmente presentado por la Comisión Internacional incluían: (a) exceso de poder del tribunal; (b) corrupción de un miembro del tribunal; y (c) infracción grave de una norma fundamental de procedimiento.⁸⁰ Como resulta notorio, no se previó desde un inicio la posibilidad que una parte solicite la anulación de un laudo arbitral basándose en un error en la aplicación del derecho al fondo de la disputa ni en la interpretación de los hechos realizada por el tribunal. De esta forma, la Comisión estableció las bases de un procedimiento que permitiera cierto control del laudo, sin ser equiparable a una verdadera apelación.

De forma conteste, el comité legal encargado de la redacción del Convenio Ciadi entendió que la anulación de un laudo arbitral Ciadi no debería permitir la consideración de los argumentos de fondo de un caso, al punto que se entendió específicamente que un error manifiesto en la aplicación del derecho no debería constituir un fundamento para interponer el recurso.⁸¹

Tal y como lo ha señalado el profesor Schreuer, este razonamiento parte de la naturaleza esencialmente privada del arbitraje, que impone

⁸⁰ NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1958. Volumen II*. Nueva York: Naciones Unidas, 1958, p. 16. Recuperado de <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1958_v2.pdf>.

⁸¹ ICSID; CIRDI y CIADI. «SID/LC/SR/18 (January 4, 1965). Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, December 9, mornings». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 2. Documents 44-146*. Recuperado de <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>>, pp. 853-854.

meramente que se controle que el laudo ha permanecido dentro del marco del consentimiento que han prestado las partes para arbitrar,⁸² sin que sea necesario analizar la regularidad del laudo arbitral respecto de un ordenamiento jurídico determinado.

Es así que la versión definitiva del artículo 52 del Convenio Ciadi previó la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo arbitral con base en los siguientes fundamentos:

- a) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente.
- b) Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades.
- c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal.
- d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.
- e) Que no se hubieran expresado en el laudo los motivos en que se funda.

Si bien, como hemos explicado anteriormente, las comisiones se designan *ad hoc* para entender respecto de cada recurso de anulación presentado, existen ciertos principios recurrentes que han sido aplicados de forma consistente en reiteradas ocasiones. Aunque las limitaciones del presente artículo impiden analizar una a una cada una de las causales previstas en el artículo 52, haremos un breve repaso de dichos principios, tal y como han sido aplicados por las comisiones *ad hoc* hasta la fecha.

⁸² SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 903.

Entre ellos, se encuentra la máxima que dice que los motivos de anulación que se establecen en el artículo 52 del Convenio son taxativos, por lo que no es posible invocar un recurso fundado en una causal no prevista en dicha norma.⁸³ En este sentido se ha pronunciado la Comisión constituida para entender en la anulación del laudo dictado en el caso de Klockner c. Camerún:

El recurso previsto en el artículo 52 del Convenio del 18 de marzo de 1965 no puede considerarse en forma alguna una apelación contra laudos arbitrales. Esta disposición permite que cada parte en un arbitraje Ciadi solicite la anulación del laudo basándose en una o más de las causas listadas de forma exhaustiva en el primer párrafo del artículo 52 del Convenio.⁸⁴

Otra limitación del proceso de anulación que ha sido destacada por la comisión *ad hoc* en el caso de MTD c. Chile, consiste en que el mismo no permite el sometimiento a la consideración de la comisión de elementos que no se presentaron en el procedimiento arbitral original. En este sentido, dicha comisión estableció que la anulación Ciadi «se trata de una forma de revisión respecto de causales específicas y limitadas, que deben analizarse con base en el expediente conocido por el Tribunal».⁸⁵ Esta especie de preclusión abarca tanto la prueba de los

⁸³ Por citar algunos ejemplos, véase: Amco Asia c. Indonesia, caso Ciadi n.º ARB/81/1, Decision on the Applications by Indonesia and Amco Respectively for Annulment and Partial Annulment, 17 de diciembre de 1992, párr. 1.17; Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi c. Argentina, caso Ciadi n.º ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 de julio de 2002, párr. 62; Wena Hotels c. Egipto, caso Ciadi n.º ARB/98/4, Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 5 de febrero de 2002, párr. 18; Consorcio R.F.C.C. c. Marruecos, caso Ciadi n.º ARB/00/6, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C., 18 de enero de 2006, párr. 222; CMS c. Argentina, caso Ciadi n.º ARB/01/8, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 de septiembre de 2007, párr. 43; Adem Dogan c. Turkmenistan, caso Ciadi n.º ARB/09/9, Decision on Annulment, 15 de enero de 2016, párr. 28; TECO c. Guatemala, caso Ciadi n.º ARB/10/23, Decision on Annulment, 5 de abril de 2016, párr. 73.

⁸⁴ Klockner c. Camerún, caso Ciadi n.º ARB/81/2, Decision on the Application for Annulment Submitted by Klockner, 3 de mayo de 1985, párr. 3.

⁸⁵ MTD c. Chile, caso Ciadi n.º ARB/01/07), Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 31.

hechos como los argumentos de derecho presentados por una parte ante el tribunal arbitral (es decir, una revisión *de novo* no sería admisible).⁸⁶

En cuanto a la interpretación y aplicación de las causales, los pronunciamientos recaídos respecto de solicitudes de anulación han entendido que, sin perjuicio del carácter excepcional y limitado de la revisión prevista en el artículo 52 del Convenio Ciadi, el mismo no debe ser interpretado de forma amplia ni de forma restrictiva. Tal y como sucede en el derecho de los tratados en general, la interpretación de dicha norma debe realizarse conforme con su objeto y fin, tal y como se establece en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁸⁷

En este sentido, debe rechazarse tanto la interpretación de que la naturaleza excepcional del recurso de anulación deba reflejarse en la aplicación estricta de las causales previstas en el artículo 52, así como aquella que postula que, dado que el mismo es el último recurso en contra de un laudo arbitral injusto, debe aplicarse de forma flexible.⁸⁸

En aplicación de esta regla, y tal y como se reseñó, debe considerarse que el propósito con el que se incluyó el artículo 52 del Convenio Ciadi fue el de verificar la legitimidad del laudo, no la corrección de los razonamientos que en el mismo se desarrollan. Esta circunstancia impone

⁸⁶ SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 902.

⁸⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), U.N. Doc A/CONF.39/27, artículo 31.

⁸⁸ Maritime International Nominees Establishment c Suprema Corte de Justicia de Países Bajos, caso Ciadi n.º ARB/84/4, Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award dated January 6, 1988, 22 de diciembre de 1989, párr. 4.05. En similar sentido: Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia (Amco II), caso Ciadi n.º ARB/81/1, Decision on the Applications by Indonesia and Amco Respectively for Annulment and Partial Annulment, 17 de diciembre de 1992, párr. 1.17; Wena Hotels Limited c. Egipto, Caso Ciadi n.º ARB/98/4, Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 5 de febrero de 2002, párr. 18; Semptra Energy International c. Argentina, caso Ciadi n.º ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, 29 de junio de 2010, párr. 75.

un límite intrínseco de dicho recurso que las Comisiones no pueden sobrepasar.⁸⁹

En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Comisión *ad hoc* en el caso de CDC c. Seychelles, al entender que

Tal y como indica el texto del artículo 52(1), el procedimiento de anulación Ciadi se ocupa de determinar si el procedimiento subyacente fue fundamentalmente justo: el artículo 52(1) no analiza los méritos de la disputa subyacente en sí mismos, sino que le concierne la integridad fundamental del tribunal, el respeto a grandes rasgos de las garantías procesales básicas, si el Tribunal excedió el límite del consentimiento de las partes, y si el razonamiento del tribunal es coherente y está evidenciado.⁹⁰

Asimismo, se ha entendido que no existe una presunción ni a favor ni en contra de la nulidad del laudo arbitral, siendo que corresponde a la Comisión designada en cada caso determinar la procedencia o improcedencia de la anulación solicitada, con base en los elementos que se encuentran a su disposición.⁹¹

4. CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA AL ELEGIR EL FORO Y LA SEDE ARBITRAL

En las secciones anteriores, hemos expuesto las principales diferencias entre el arbitraje Ciadi y el arbitraje bajo otras reglas de arbitraje o *ad hoc*, la determinación del foro al que resulta más conveniente someter una

⁸⁹ Por citar algunos ejemplos: M.C.I. c. Ecuador, caso Ciadi n.º ARB/03/6, Decision on Annulment, 19 de octubre de 2009, párr. 24; Total c. Argentina, caso Ciadi n.º ARB/04/1, Decision on Annulment, 1 de febrero de 2016, párr. 179; Antoine Abou Lahoud et al c. Congo, caso Ciadi n.º ARB/10/4, Decision on the Application for Annulment of the Democratic Republic of the Congo, 29 de marzo de 2016, párr. 111.

⁹⁰ CDC c. Seychelles, Decision on Annulment, 29 de junio de 2005, párr. 34 (la traducción nos pertenece).

⁹¹ Consortium R.F.C.C. c. Marruecos, caso Ciadi n.º ARB/00/6, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C., 18 de enero de 2006, párr. 220.

disputa de arbitraje internacional y la sede arbitral que tendrá el procedimiento resultante, en caso de proceder, no tiene una respuesta unívoca. Por el contrario, la decisión que se adopte debe considerar la forma en la que se presentan múltiples factores en cada caso concreto de modo de llegar a la mejor estrategia y así evitar consecuencias indeseadas o inconvenientes.

Esta circunstancia se encuentra reflejada en algunos reglamentos arbitrales tales como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en cuyo artículo 18 establece que «[c]uando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral *habida cuenta de las circunstancias del caso*».⁹²

Es así que, en cada caso, será indispensable analizar el tratado, ley nacional o contrato bajo el cual se pretenda iniciar el arbitraje a efectos de determinar el o los foros disponibles para disputas entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor, así como las demás condiciones de acceso a arbitraje (4.1.); luego, para el caso de que se opte por iniciar un arbitraje fuera del sistema Ciadi, deberá elegirse la sede arbitral adecuada para el caso (4.2.).

4.1. Elección de foro arbitral: ¿Ciadi o no Ciadi?

Como punto de partida, el tratado, la ley nacional o el contrato de inversión generalmente incluirán un listado de foros y/o reglas de arbitraje bajo las cuales el Estado receptor ha consentido someterse a arbitraje. Salvo acuerdo en contrario, el inversionista solamente podrá iniciar arbitraje de conformidad con las condiciones contempladas en el tratado, ley o contrato.

En *primer lugar*, si el tratado, ley o contrato contemplan la alternativa entre arbitraje dentro o fuera del sistema Ciadi, será necesario determinar si el Estado demandado es parte del Convenio Ciadi y si el o los

⁹² Reglamento de Arbitraje CNUDMI, artículo 18 (el resaltado nos pertenece).

inversionistas son nacionales de un Estado parte del Convenio Ciadi. En caso de que alguna de las partes no lo sea, no se podrá acceder a arbitraje Ciadi en tanto el artículo 25 del Convenio Ciadi dispone que la jurisdicción del Centro se extiende solamente a diferencias «entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante».⁹³

En segundo lugar, al momento de optar entre iniciar un arbitraje dentro del foro del Ciadi o fuera de dicho sistema, uno de los criterios a tomar en consideración es que, como hemos adelantado, a efectos de que un tribunal arbitral se declare competente de conformidad con el Convenio Ciadi, el inversionista debe demostrar que cumple con los requisitos de jurisdicción establecidos por el tratado, ley de inversión o contrato aplicable, así como por el artículo 25 del Convenio. Si bien existen algunos casos en los que tribunales arbitrales han aplicado el mismo estándar para declararse competentes bajo ambos instrumentos simultáneamente, en otras oportunidades la aplicación por parte de los tribunales arbitrales del artículo 25 del Convenio Ciadi ha resultado en la imposición de requisitos más exigentes que aquéllos establecidos con frecuencia en instrumentos tales como los tratados bilaterales de inversión.⁹⁴

En tercer lugar, en cuanto a la revisión del laudo arbitral, la anulación prevista bajo el Convenio Ciadi presenta la ventaja de que si bien no existe un sistema de precedente obligatorio que asegure la consistencia y homogeneidad de las decisiones de las comisiones *ad hoc*, ha existido hasta la fecha una notoria y reiterada afirmación de los principios que

⁹³ Convenio Ciadi, artículo 25. Cabe destacar que algunos casos que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Centro pueden someterse al procedimiento previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi, siempre que las partes así lo consientan.

⁹⁴ En varios casos resueltos bajo el Convenio Ciadi se ha aplicado el llamado «Salini test», definido por el tribunal en el caso *Salini et al. c. Marruecos*, el cual requiere la existencia de cuatro elementos: (1) una contribución de dinero o activos; (2) cierta duración de la inversión; (3) un elemento de riesgo; y, (4) una contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Este estándar, que fue definido en el caso de *Salini et al. c. Marruecos* (caso Ciadi n.º ARB/00/4), ha sido aplicado en mayor o menor medida por numerosos tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio Ciadi.

hemos señalado anteriormente, sin perjuicio de que algunas decisiones en particular hayan recibido críticas por apartarse de estos baremos.⁹⁵ Principios tales como la excepcionalidad del recurso de anulación, así como la insistencia en la improcedencia de revisiones del fondo de la disputa o de hechos y argumentos que no fueron sometidos inicialmente al tribunal arbitral brindan bastante certeza respecto del alcance limitado que podría tener la eventual interposición del recurso. Por el contrario, de optarse por acudir a un arbitraje fuera del sistema Ciadi, la intensidad de la revisión que harán las cortes de la sede arbitral que resulten competentes para entender en la anulación del laudo, así como el eventual número y duración de los procedimientos ulteriores (incluyendo apelaciones y, en algunos casos, casación) dependerá de la ley procesal de la sede que resulte seleccionada. Asimismo, en cuanto a la experticia de quienes entenderán el recurso de anulación, como hemos adelantado más arriba, en el sistema Ciadi los miembros de las Comisiones *ad hoc* serán elegidos de la lista de árbitros entre personas calificadas y especializadas en la materia. Esta especialidad no está garantizada para el caso en que las que entiendan el recurso de anulación sean las cortes domésticas de la sede arbitral.

En *cuarto lugar*, una de las ventajas que presenta el arbitraje Ciadi respecto del arbitraje realizado fuera del sistema, como hemos adelantado, es el mecanismo de ejecución «automática» de los laudos arbitrales, que elimina los controles que pueden ejercer las cortes locales en sede de ejecución del laudo arbitral en aplicación del artículo V de la Convención de Nueva York. Por supuesto, este factor sólo será relevante para el caso de que se prevea que el laudo será ejecutado en el territorio de un Estado miembro del Convenio.

⁹⁵ Algunas de las decisiones criticadas en este sentido han sido *Klockner c. Camerún*, Decision on Annulment, 3 de mayo de 1985 y *Amco c. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 de mayo de 1986. Véase, en este sentido, SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, pp. 902-903.

4.2. Elección de sede arbitral para los arbitrajes fuera del sistema Ciadi

En caso de iniciar arbitraje bajo el Convenio Ciadi no será necesario acordar una sede de arbitraje, como explicamos en el punto 2.2. *supra*. Ahora bien, en caso de arbitraje fuera del sistema Ciadi, las partes deberán intentar acordar la sede del arbitraje. Los siguientes elementos deberían tenerse en cuenta al seleccionar la sede.

En *primer lugar*, es conveniente optar por una sede neutral, es decir que la sede del arbitraje no se encuentre ni en el Estado demandado ni en el Estado del que el inversionista es nacional. Ello a efectos de asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces nacionales.

En *segundo lugar*, es importante evaluar la ley arbitral de la sede, así como cualquier otra ley o regulación que pueda afectar el desarrollo del arbitraje o la efectividad del laudo arbitral. Entre otros, se deberá analizar si el Estado de la sede ha firmado y ratificado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras⁹⁶ y si el Estado cuenta con una legislación moderna en materia arbitral, por ejemplo, que contemple el principio de finalidad de los laudos arbitrales (es decir que no sea posible la apelación de los laudos por cuestiones de fondo, sino solamente por causales limitadas y relacionadas, principalmente, a defectos de jurisdicción o debido proceso) y procedimientos ágiles.

Otros elementos de la legislación de la sede que conviene tener en cuenta son (i) si se contempla la posibilidad de someter a revisión la

⁹⁶ A fines de enero de 2021, la Convención cuenta con 166 Estados parte. Véase <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

decisión del tribunal arbitral sobre su jurisdicción o si es necesario esperar a que se haya dictado el laudo final;⁹⁷ (ii) si existe la posibilidad de apelar la decisión del tribunal nacional sobre anulación o si se contempla una sola instancia de revisión (como es el caso, por ejemplo, bajo el Convenio Ciadi);⁹⁸ (iii) si se encuentra prevista la posibilidad de que las partes excluyan la posibilidad de interponer recursos contra el laudo arbitral;⁹⁹ y (iv) en general, las facultades de los tribunales nacionales para intervenir en el arbitraje (por ejemplo, mediante la imposición de medidas cautelares).

En *tercer lugar*, el conocimiento y la experiencia de los tribunales nacionales en arbitraje de inversión. Como mencionamos, en el caso de los Comités *ad hoc* bajo el Convenio Ciadi, los miembros de los Comités cuentan con vasta experiencia en arbitraje de inversión. Ello puede no ser el caso de los tribunales nacionales, que en muchas ocasiones tienen poca experiencia en arbitraje y, menos aún, en arbitraje de inversión, que generalmente implica aspectos jurídicos específicos y complejos, incluyendo cuestiones de derecho internacional público.¹⁰⁰ Por lo tanto, a efectos de asegurarse cierta predictibilidad y seguridad jurídica, será fundamental evaluar el conocimiento y experiencia de las cortes locales en arbitraje, en general, y en arbitraje de inversión, en particular.

En *cuarto lugar*, deberían estudiarse críticamente los antecedentes jurisprudenciales en materia de arbitraje y, específicamente, en materia

⁹⁷ Por ejemplo, en Países Bajos no se permite someter a revisión la decisión del tribunal arbitral aceptando su jurisdicción hasta tanto no se haya dictado el laudo final. Una vez dictado el laudo final, las partes pueden solicitar la revisión del laudo final y la decisión sobre jurisdicción. Véase artículo 1052(4) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos.

⁹⁸ Por ejemplo, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje de Suecia contempla que, excepcionalmente, las decisiones sobre anulación podrán ser sometidas al control de la Suprema Corte de Justicia. Por el contrario, en Suiza la Corte Federal tiene competencia exclusiva para entender sobre recursos de anulación, en una única instancia. Véase artículo 191 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado.

⁹⁹ Por ejemplo, conforme al artículo 51 de la Ley de Arbitraje de Suecia si ninguna de las partes del arbitraje tiene su domicilio en Suecia, las partes podrán acordar la exclusión o limitación de las causales de revisión del laudo arbitral.

¹⁰⁰ Ello puede contrastar con el conocimiento y experiencia específicos que muchas veces sí tienen los árbitros que entienden en disputas de inversión.

de arbitraje de inversión. Como vimos, en general, las cortes locales han mostrado deferencia a los laudos arbitrales y solamente deciden anular laudos en casos excepcionales. El hecho de que varios laudos hayan sido anulados en los últimos años no necesariamente implica una actitud negativa de las cortes locales hacia el arbitraje, sino que puede ser el resultado de la correcta aplicación de la ley arbitral al caso concreto.

En *quinto lugar*, aconsejamos considerar la disponibilidad de abogados locales con experiencia en arbitraje de inversión. En el caso de anulación bajo el Convenio Ciadi, las partes procuran contratar abogados con experiencia específica en arbitraje de inversión, muchas veces los mismos abogados que participaron en el arbitraje y ya conocen el caso. Sin embargo, para comparecer ante las cortes locales es necesario contar con abogados locales que estén habilitados para ejercer el derecho en la jurisdicción de la sede. Es recomendable contar con abogados que tengan experiencia específica en anulación de laudos de inversión. En caso de no haber abogados con el conocimiento y experiencia disponibles en el país de la sede se podría contratar abogados locales que trabajen en colaboración con abogados internacionales con conocimiento y experiencia específicos en arbitraje de inversión.

Por último, otros factores a tener en cuenta incluyen el idioma de la sede de arbitraje, para evitar tener que traducir todo el expediente a efectos de presentarlo ante las cortes locales, la comodidad para las partes y otros costos asociados a la elección de la sede.

En todo caso, debe tenerse presente que muchas veces los arbitrajes de inversión demoran varios años en resolverse (por ejemplo, en el famoso caso de Yukos c. Federación Rusa, el laudo final se dictó casi diez años después del comienzo del arbitraje). Por lo tanto, el análisis que se efectúe al momento de iniciar un arbitraje y elegir la sede no será necesariamente relevante al momento que se dicta el laudo final y una de las partes decide someter el laudo a revisión de las cortes nacionales.

5. CONCLUSIÓN

En el cuerpo de este artículo hemos desarrollado una descripción de las características de los arbitrajes de inversión dentro y fuera del Convenio Ciadi, con particular énfasis en aquellas diferencias relacionadas con la importancia de la sede arbitral, para concluir con algunas consideraciones relativas a los criterios que deben tenerse presente al momento de adoptar la estrategia más conveniente en este aspecto.

Como surge de la exposición anterior, no existe una solución unívoca respecto de la conveniencia de un foro sobre el otro, ni de la sede arbitral a adoptarse en caso de optar por un arbitraje fuera del sistema Ciadi. Muy por el contrario, resulta imperativo atender a las particularidades de cada caso, preguntándonos en cada ocasión cuál es el foro conveniente y, en caso de corresponder, cuál es la sede arbitral preferible. En la actualidad, existe una prevalencia estadística de los arbitrajes dentro del sistema Ciadi por sobre los arbitrajes fuera del Ciadi. Sin embargo, ello no debe implicar una inclinación *a priori* en favor de dicho foro arbitral, sino que deberemos evaluarlo caso a caso.

Resulta relevante, asimismo, mencionar que algunos aspectos del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados han sido cuestionados y se encuentran actualmente sometidos a discusión. En tal sentido, se ha formulado algunas propuestas para introducir cambios a los mecanismos de revisión de los laudos arbitrales que están siendo consideradas por la comunidad internacional con menor o mayor grado de formalidad y avances a la fecha.

En el marco del Convenio Ciadi, ya en el año 2004 se postuló como una posible mejora al sistema la implementación de un mecanismo de apelación (*Appeals Facility*) para la tramitación de recursos que puedan tener como fundamento, además de las causales que surgen del artículo

52 del Convenio, la existencia de un error de derecho o incluso de un error grave de hecho.¹⁰¹

El mismo razonamiento ha sido recogido en una serie de propuestas posteriores. Entre éstas, una de las más innovadoras consiste en el proyecto a cargo de la CNUDMI para la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones en el ámbito de la Unión Europea. La instalación de dicho tribunal implicaría el reemplazo del sistema de arbitraje tradicional en pos del establecimiento de un órgano permanente de solución de diferencias en materia de inversiones. El 1 de marzo de 2018, el Consejo de la Unión Europea emitió directivas a ser consideradas por las delegaciones de los diferentes Estados en el marco de las negociaciones del tratado para la creación del tribunal, incluyendo la creación de un tribunal de apelaciones con competencia para revisar errores de derecho o errores manifiestos de hecho, así como vulneraciones de índole procesal.¹⁰²

También, en el marco de la CNUDMI, se han formulado varias propuestas para poner en práctica un mecanismo de apelación, las cuales actualmente están siendo objeto de discusión en un grupo de trabajo.¹⁰³ Para la última sesión de dicho grupo de trabajo se elaboró un documento en el que se recogen algunas bases para la posible reforma del sistema de resolución de controversias entre inversionistas y Estados con relación al mecanismo de apelación. En dicha propuesta, también se plantea una ampliación del alcance de las posibilidades de revisión a efectos de

¹⁰¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*. ICSID Secretariat Discussion Paper. October 22, 2004, Anexo. Recuperado de <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>.

¹⁰² COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes* (Documento 12981/17 ADD 1 DCL 1), 20 de marzo de 2018, párr. 10. Recuperado de <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>>.

¹⁰³ Véase la agenda del Grupo de Trabajo III, para la 40.ª Sesión llevada a cabo del 8 al 12 de febrero de 2021 <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

que se incluyan posibles errores de derecho y errores manifiestos de hecho.¹⁰⁴

Sin embargo, cabe destacar que los procedimientos necesarios para la modificación del sistema de resolución de disputas internacionales de inversión actualmente vigente son largos y dificultosos, ya que su eficacia depende de la existencia de un consenso amplio en la comunidad internacional. Cualquier modificación del sistema de revisión del Convenio Ciadi requeriría una propuesta realizada por un Estado signatario en los términos de su artículo 66(1), la que luego debe ser circulada, aceptada y ratificada por todos los Estados signatarios. Hasta la fecha, ningún Estado signatario ha presentado una propuesta formal dentro de este marco y la dificultad que esto suceda con un desenlace favorable resulta evidente.

Por lo anterior, sigue siendo necesario evaluar la relevancia del foro y de la sede arbitral sujetos a los términos de los mecanismos de revisión tal y como los mismos se encuentran previstos en los artículos 48 a 52 del Convenio Ciadi, en contraste con las posibilidades disponibles en aplicación de las legislaciones procesales de las posibles sedes arbitrales. A estos efectos, confiamos en que los distintos criterios que hemos descrito en el presente artículo resultarán de utilidad en la práctica, tanto en el presente como en el futuro previsible.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002, vol. II, pp. 205-229

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration. Third Edition*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020

¹⁰⁴ CNUDMI. *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues, November 12, 2020*. Recuperado de <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.202>>.

CIADI. *Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*. 5 de mayo de 2016. Recuperado de
 <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>>

CNUDMI. *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate mechanism and enforcement issues*, November 12, 2020. Recuperado de
 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.202>>

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes (Documento 12981/17 ADD 1 DCL 1)*, 20 de marzo de 2018, parr. 10. Recuperado de
 <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>>.

ICSID; CIRDI y CIADI. «Consultative Meeting of Legal Experts. Summary Record of Proceedings, febrero de 1964». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 1. Documents 1-43*. Recuperado de
 <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>

ICSID; CIRDI y CIADI. «SID/63-2 (February 18, 1963). Paper prepared by the General Counsel and transmitted to the members of the Committee of the Whole». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 1. Documents 1-43*. Recuperado de
 <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>

ICSID; CIRDI y CIADI. «SID/LC/SR/18 (January 4, 1965). Summary Proceedings of the Legal Committee meeting, December 9, morning». En *History of the ICSID Convention. Convention on the settlement of investment Disputes between states and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention. Volume II, part 2. Documents 44-146*. Recuperado de
<<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration. ICSID Secretariat Discussion Paper. October 22, 2004*, Anexo. Recuperado de
<<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>

LOWENFELD, Andreas. «The ICSID Convention: Origin and Transformation». En *Ga. J. Int'L & Comp. L.*, 2009. vol. 38, pp. 47-61. Recuperado de
<<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1109&context=gjicl>>.

NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1958. Volumen II*. Nueva York: Naciones Unidas, 1958, p. 16. Recuperado de
<https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1958_v2.pdf>.

SCHREUER, Christoph H.; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y Anthony SINCLAIR. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

VINUESA, Raul Emilio. «Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID: The Latin American Experience». En *Law and Business Review of the Americas*, 2002, n.º 4, vol. 8. Recuperado de <<https://scholar.smu.edu/lbra/vol8/iss4/2>>.

SEDE ARBITRAL Y REGLAMENTO PROCESAL ARBITRAL: DIFERENCIAS, IMPLICACIONES JURÍDICAS Y CONCURRENCIA

*Sylvia Sámano Beristain**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Problemática: presunción de relación de interdependencia entre la sede del arbitraje y la institución arbitral.— 3. Definición e implicaciones jurídicas de la sede arbitral.— 4. Elementos a considerar en la elección de la sede arbitral.— 4.1. El rol de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.— 4.2. El rol de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI.— 4.3. Más allá de la Ley Modelo: el procedimiento de nulidad del laudo arbitral.— 4.4. Arbitrabilidad de controversias.— 4.5. Implicaciones de la sede del arbitraje ante la falta de elección de reglamento arbitral.— 5. Definición e implicaciones jurídicas del reglamento procesal arbitral.— 6. Elementos a considerar en la elección del reglamento procesal arbitral.— 6.1. Reconocimiento de la amplia oferta de reglamentos procesales.— 6.2. Servicios integrales de solución de controversias por una institución de arbitraje.— 6.3. Implicaciones del reglamento de arbitraje para la determinación de la sede ante falta de acuerdo entre las partes.— 7. Conclusiones.— 8. Referencias bibliográficas.

* Máster en Arbitraje y Solución de Controversias, U. de Hong Kong.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordarán dos temas relevantes para el arbitraje: la sede del arbitraje y el reglamento procesal arbitral.

En ocasiones llega a haber confusión respecto a los mismos, es por ello que es relevante el identificar las características y alcances de cada uno. Partiendo de lo anterior, el segundo paso consiste en identificar los criterios que se pueden considerar para la elección de cada uno de estos aspectos en un arbitraje.

Si bien tanto la sede del arbitraje como las reglas procesales atienden a cuestiones procesales y coexisten en un procedimiento arbitral, es importante tener presente que surgen de fuentes distintas y sus alcances jurídicos también son distintos.

El arbitraje es un procedimiento que tiene como fin el resolver un conflicto. Para lograr este objetivo se requiere recorrer un trayecto (desahogar un procedimiento), lo cual implica determinar una ruta y elegir un medio de transporte para lograrlo.

Bajo esta idea, se puede realizar la analogía de que la sede del arbitraje será la ruta que nos llevará al destino, determinando la distancia, los límites a la velocidad, las señalizaciones de tránsito, es decir, determina los criterios bajo los cuales será posible realizar el trayecto.

Por otra parte, el reglamento de arbitraje se puede entender como el medio de transporte que las partes eligen para recorrer ese trayecto. Existe una gran variedad de medios de transporte, es por ello que las partes deberán de elegir el que sea más adecuado para su trayecto en particular. Es decir, no todas las personas que recorren una misma ruta lo hacen en el mismo medio de transporte, pues queda a elección de las partes el realizar esa elección conforme a las circunstancias particulares del caso.

Partiendo del ejemplo anterior, la elección de una sede arbitral no implica que en dicha jurisdicción los arbitrajes únicamente puedan ser con determinado reglamento arbitral y viceversa, la elección de un reglamento de arbitraje no implica que forzosamente se deba designar cierta sede arbitral.

A lo largo del trabajo se atiende el tema de la independencia de estos aspectos sin dejar de lado su posible concurrencia en un arbitraje; adicionalmente, se plantean criterios que pueden tomarse en consideración para la elección tanto de la sede como del reglamento de arbitraje.

2. PROBLEMÁTICA: PRESUNCIÓN DE RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LA SEDE DEL ARBITRAJE Y LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

El arbitraje comercial es reconocido como un medio eficaz y eficiente para la resolución de controversias tanto nacionales como extranjeras.¹ El éxito del mecanismo se debe, en gran medida, a la limitada intervención de las cortes nacionales en el procedimiento. Es decir, el procedimiento destaca toda vez que únicamente se puede recurrir a las cortes judiciales en situaciones estrictamente necesarias y las cuales se encuentran previstas en el marco normativo.

Partiendo de lo anterior, esta limitada participación de las cortes judiciales pudiese conllevar la presunción de que el arbitraje no guarda relación con ninguna jurisdicción estatal y que es un procedimiento privado totalmente independiente de cualquier Estado.

¹ En la encuesta realizada en 2015 por la Queen Mary University of London y White & Case LLP sobre el tema *Improvements and Innovations in International Arbitration*, el 90 % de los encuestados respondieron que el arbitraje internacional es el medio de idóneo para resolver controversias.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2015 Improvements and Innovations in International Arbitration*. Recuperado de <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>>.

Esta presunción resulta incorrecta toda vez que la mayoría de las legislaciones de arbitraje de los países prevén las implicaciones legales que conlleva para el arbitraje la elección de la sede.

En este orden de ideas, se hace evidente que un arbitraje se encontrará ligado a una jurisdicción estatal. Al respecto, resulta menester destacar que las partes que celebran el acuerdo arbitral son las responsables de determinar esa jurisdicción con la cual el procedimiento arbitral guardará estrecha relación jurídica.

Ante este escenario, al realizar la elección de una jurisdicción como sede arbitral puede llegar a acontecer una confusión entre las implicaciones legales que conlleva la elección de una sede del arbitraje y, por otra parte, la elección de una institución de arbitraje cuyo reglamento procesal regirá el procedimiento.

La confusión puede partir del hecho de que en muchas ocasiones los nombres de las instituciones contienen referencia a un país o ciudad,² o bien se puede asumir que la ubicación de las oficinas de la institución tiene alguna implicación con la jurisdicción del arbitraje.³

A fin de ejemplificar el escenario que puede llevar a confusión sobre la designación de la sede del arbitraje, partamos del texto del siguiente acuerdo de arbitraje:

En caso de conflicto, todas las controversias serán resueltas mediante arbitraje conforme a las reglas del Centro de Arbitraje de Madrid (CAM). La sede del arbitraje será Miami, Florida. El arbitraje se conducirá en

² Por ejemplo: Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), London Court of International Arbitration (LCIA), Centro de Arbitraje de Madrid (CAM), Centro de Arbitraje de México (CAM).

³ En el caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), sus oficinas centrales se localizan en París, Francia. Si bien tiene oficinas administradoras de arbitrajes en otras ciudades, es común que en algunos acuerdos de arbitraje se considere que al referir a la CCI como institución administradora, de manera automática, la sede del arbitraje será París, Francia.

español. Se designará a un árbitro único conforme a lo dispuesto en el reglamento arbitral elegido.

En este ejemplo, hay referencia a dos ciudades distintas y totalmente ajenas entre sí, por lo que es posible que surja una duda sobre la trascendencia que tiene en el procedimiento la ubicación de la institución administradora; asimismo, es posible que surja la duda referente a la posibilidad de llevar a cabo un arbitraje que designa que la sede del arbitraje es distinta a la ciudad en la que se ubica la institución administradora.

Partiendo de una primera impresión del acuerdo arbitral, pudiese entenderse que agotar el arbitraje implicará una complicada logística al tener que trasladarse a distintas ciudades. Sin embargo, la presunción anterior no acontece toda vez que el arbitraje comercial, aun cuando refiera a una sede del arbitraje totalmente ajena a la ubicación de la institución administradora del arbitraje, no requiere forzosamente el traslado de los participantes a ninguna jurisdicción, salvo en ciertas etapas procesales conforme al acuerdo de las partes, tal como es el desahogo de la audiencia de pruebas.

Atendiendo al ejemplo planteado, el Centro de Arbitraje de Madrid, como la institución administradora, estará a cargo del desahogo del procedimiento arbitral conforme su propio reglamento. Independientemente de ello, el vínculo jurídico entre el arbitraje es únicamente con la jurisdicción de Miami, Florida, y no con la de Madrid, España.

A fin de dar mayor claridad a lo expuesto hasta ahora respecto a la diferencia de las implicaciones jurídicas entre la sede del arbitraje y las reglas de arbitraje de la institución administradora, en el presente trabajo se abordará la definición y consecuencias jurídicas tanto de la sede como del reglamento arbitral.

3. DEFINICIÓN E IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA SEDE ARBITRAL

La sede del arbitraje refiere a la jurisdicción estatal, determinada por las partes, a la cual se encuentra relacionado el arbitraje. Si bien el arbitraje es un procedimiento que limita la actuación judicial, toda vez que hay algunas etapas procesales en la que se puede requerir del auxilio judicial, es menester que en cada procedimiento arbitral se determine la jurisdicción que tendrá ese rol.

Las consecuencias jurídicas de la sede del arbitraje son de gran importancia, dentro de las mismas se encuentran: (i) la determinación de la ley que sustenta el procedimiento; (ii) la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional; (iii) la fijación del lugar en que se considerará dictado el laudo; y (iv) la determinación de la jurisdicción de los tribunales que serán competentes para la asistencia al arbitraje y para la nulidad del laudo.⁴

La determinación de la sede es un aspecto de trascendental importancia, pues tiene efectos que rigen el propio acuerdo del arbitraje, el desahogo del procedimiento de arbitraje, así como en las acciones judiciales que pueden acontecer tras el dictado del laudo.

Es por ello que la determinación de la sede es una decisión que debe tomarse de manera informada y considerando varios aspectos a fin de identificar la jurisdicción que sea la más apropiada para ser designada la sede del arbitraje.⁵

⁴ FLORES RUEDA, Cecilia (editora). «Claus von Wobeser». En *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*. México D. F.: Themis, 2011, p. 191.

⁵ En la encuesta realizada en 2015 por la Queen Mary University of London y White & Case LLP sobre el tema *Improvements and Innovations in International Arbitration*; las jurisdicciones más reconocidas como sede arbitral son: Londres, París, Hong Kong, Singapur y Ginebra (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Op. cit.*).

Atendiendo lo anterior, se hará referencia a aspectos que se pueden considerar para realizar una adecuada determinación de la sede del arbitraje.

4. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL

4.1. El rol de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

El pilar del desarrollo del arbitraje comercial lo constituye esta convención, la cual desde el año 1958 a la fecha ha sumado 167 Estados parte.⁶

Comúnmente referida como la Convención de Nueva York, es resultado del esfuerzo desplegado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a fin de fortalecer la certeza jurídica del arbitraje comercial internacional.

La Convención guarda relevancia respecto a la elección de la sede del arbitraje, toda vez que aplica a las sentencias (laudos) arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto a aquél en el que se pida su reconocimiento y ejecución.

Lo anterior implica que para que un laudo arbitral se pueda ejecutar en una jurisdicción distinta, es requisito indispensable que el mismo se haya dictado o emitido en una sede que sea parte de la Convención de Nueva York.

Es por ello que uno de los primeros aspectos a considerar para la elección de una sede para un arbitraje internacional es corroborar que la

⁶ Referencia publicada en CNUDMI. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> (visto el 1 de marzo de 2021).

jurisdicción que se determinará como sede forma parte de un Estado miembro de la Convención de Nueva York.

En caso de que el arbitraje tenga como sede una jurisdicción que no forma parte del Convención de Nueva York no le resta eficacia al procedimiento arbitral, la única limitante será en el aspecto de que no será posible solicitar la ejecución del laudo en una jurisdicción distinta al amparo de la Convención de Nueva York.

Si bien la mayoría de los Estados son signatarios de la Convención de Nueva York; en caso de que se requiera corroborar la adhesión del Estado a la Convención, un método práctico es recurrir al sitio web de la CNUDMI en el que se encuentra publicado el listado de los países que son parte de esta convención.⁷

4.2. El rol de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI

Desde el año 1958, la CNUDMI puso a disposición de los Estados la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, la cual tiene como finalidad lograr una regulación homogénea del arbitraje comercial en la mayor cantidad de jurisdicciones en el mundo.

El éxito de esta propuesta de ley es innegable, toda vez que a la fecha la CNUDMI reporta que 85 Estados cuentan con una legislación de arbitraje basada en la Ley Modelo.⁸

Respecto a los criterios de elección de la sede del arbitraje, es menester realizar un análisis concerniente al grado de adopción que esa jurisdicción ha realizado respecto del texto de la Ley Modelo; el parámetro

⁷ Revisar la liga en la referencia anterior.

⁸ Referencia publicada en CNUDMI. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status> (visto el 1 de marzo de 2021).

de valoración es que mientras más parecida sea la ley arbitral de esa jurisdicción a la ley modelo, ello implicará que en esa jurisdicción la regulación en la materia se encuentra acorde con las prácticas internacionales y, por ende, dota de mayor certeza jurídica al arbitraje.

Dado que la adopción que los países realizan respecto de la Ley Modelo es totalmente discrecional, para realizar un examen más adecuado no bastaría únicamente revisar la referencia que hace la CNUDMI en su sitio web, sino que es recomendable revisar directamente ley y así identificar si hay algunos aspectos cuya regulación se aparte de la propuesta de la Ley Modelo y, en caso de que ello acontezca, analizar las consecuencias jurídicas que implica.

4.3. Más allá de la Ley Modelo: el procedimiento de nulidad del laudo arbitral

A fin de realizar un análisis sobre la idoneidad de una jurisdicción como sede, es aconsejable tomar como punto de partida el grado en que dicha jurisdicción desarrolló una ley arbitral conforme a la Ley Modelo de la CNUDMI.

Aunado a lo anterior; el análisis debe ampliarse respecto a los procedimientos judiciales mediante los cuales se puede solicitar y desahogar la intervención judicial.

Siempre se debe tener presente que cada Estado, al redactar su legislación arbitral, determina: (i) cuál será el ente judicial facultado para intervenir en el arbitraje; y (ii) determina el procedimiento judicial que deberá desahogarse fijando requisitos y plazos procesales.

Consecuentemente, si bien conforme a la Ley Modelo se establecen los parámetros en los cuales podrá intervenir el Poder Judicial, es únicamente a través de la ley arbitral de cada jurisdicción que se determina el

procedimiento judicial bajo el cual se desahogará esa intervención judicial.

Este tema es relevante para el arbitraje, específicamente respecto a los procedimientos de nulidad, en el cual el tribunal arbitral ya no tiene competencia y es el juez quien únicamente interviene y resuelve.

La celeridad de los procedimientos mediante los cuales un juez puede pronunciarse respecto a la nulidad del laudo es de suma relevancia.

Es decir, es a través de las reglas procesales que las partes buscan que el propio procedimiento arbitral se desahogue con eficacia, pero también es a través de la elección de la sede arbitral que las partes pueden prever que en caso del desahogo de un procedimiento de nulidad de laudo, el mismo sea eficiente.

La eficiencia en el ámbito judicial se puede alcanzar en caso de que la legislación de la jurisdicción prevea plazos abreviados y, asimismo, limite la procedencia de recursos procesales respecto a las decisiones que tomen los jueces durante el desahogo del procedimiento.⁹

De esta manera se fortalece la eficacia del arbitraje al contar con procedimientos jurisdiccionales que acojan la intención de las partes de un procedimiento que se caracterice por su celeridad.

El analizar este aspecto de la legislación arbitral, en la mayoría de los casos, implicará que se repase extensamente la normativa de dicha jurisdicción, a fin de identificar el impacto que pueda tener en el arbitraje o en los procedimientos judiciales posteriores a la emisión del laudo.

⁹ Un ejemplo es la regulación de arbitraje comercial en México, la cual se encuentra contenida en el Código de Comercio. Cuenta con referencia expresa a que los procedimientos de nulidad y ejecución de laudo se tramitarán en juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje. Este procedimiento cuenta con etapas procesales más acotadas que un juicio ordinario, aunado a la determinación que la sentencia que dicte el juez en el procedimiento no es apelable.

Desde un punto de vista práctico, dado que se requiere estar familiarizado con la práctica jurídica de cierta jurisdicción, es común que se recurra a algún profesional experto en arbitraje en la jurisdicción que se analiza como sede del arbitraje y se solicite una referencia o informe al respecto.

Realizar este análisis es de suma importancia toda vez que, tras la conclusión del arbitraje, las cortes de la sede tendrán un rol trascendental respecto al laudo, pues cuentan con jurisdicción exclusiva para conocer de la nulidad del laudo. Es por ello que guarda relevancia el recabar información sobre los fundamentos y características del aspecto procesal judicial ante el cual se podría desahogar el procedimiento de nulidad del laudo.

4.4. Arbitrabilidad de controversias

Otro aspecto relevante que deriva de la sede es que la ley de esta jurisdicción determina cuáles son las materias que se pueden resolver mediante arbitraje.

La arbitrabilidad se define como una norma que emite el Estado, con el fin de proteger algún interés general o público. En este orden de ideas, sólo se podrá arbitrar aquellas materias sobre las que el Estado no imponga una restricción.

Cada jurisdicción determina distintos criterios para determinar la arbitrabilidad; consecuentemente, la arbitrabilidad cambia entre jurisdicciones, e incluso en una misma jurisdicción, derivado de reformas legislativas.

Es por ello que al realizar un análisis sobre la idoneidad de una jurisdicción como sede de un arbitraje es menester identificar si el objeto de contrato es arbitrable.

La complejidad para conocer la arbitrabilidad respecto de una jurisdicción es variable, en algunas jurisdicciones, la propia ley de arbitraje contiene un listado o referencia a las materias arbitrables en dicha jurisdicción, lo cual, sin duda, facilita el análisis sobre la idoneidad de la sede respecto a la arbitrabilidad.¹⁰

En caso de que no se cuente con un listado en la ley de arbitraje se deberá atender el resto de las leyes de dicha jurisdicción e identificar las materias sobre las cuales el Estado haya implementado una restricción a la arbitrabilidad.

Respecto a este tema, es importante destacar que la sede no sólo puede conllevar limitaciones a la arbitrabilidad de ciertas materias, sino que también puede implicar que por determinación de la ley; las controversias que deriven de ciertas materias únicamente puedan ser resueltas mediante arbitraje.¹¹

La arbitrabilidad de una controversia es un elemento relevante, pues la voluntad de las partes a someter una controversia a arbitraje se encuentra condicionada a que la materia sea arbitrable en la sede del

¹⁰ Un ejemplo al respecto es el artículo 3 de la Ley de Guatemala, el cual contiene un listado sobre las materias que no son arbitrables en dicha jurisdicción:

Artículo 3. «Materia objeto de arbitraje:

- 1) La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
- 2) También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.
- 3) No podrán ser objeto de arbitraje:
 - a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
 - b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
 - c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
- 4) Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales».

¹¹ Tal es el caso de Perú, toda vez que en el artículo 40 del Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se establece que las controversias que deriven de los contratos de obra pública deberán someterse a arbitraje.

arbitraje; consecuentemente, designar la sede de un arbitraje es una cuestión que se debe analizar detenidamente, tomando en consideración las características de la controversia.

4.5. Implicaciones de la sede del arbitraje ante la falta de elección de reglamento arbitral

Como se refirió en párrafos previos, la elección de una sede no implica que se deba asignar la administración de ese arbitraje a una institución que radique en la misma jurisdicción. Es decir, no es necesario que haya una identidad de localización territorial entre la sede del arbitraje y la institución administradora del arbitraje.

Consecuentemente, la elección de una sede arbitral no implica que automáticamente tenga que aplicar el reglamento procesal de una institución arbitral específica, toda vez que la aplicabilidad del reglamento arbitral es únicamente consecuencia de la elección expresa realizada por las partes.

Lo anterior puede tener una excepción únicamente en el caso de que la ley de arbitraje de la jurisdicción designada como la sede prevea que ante la falta de acuerdo entre las partes en designar un reglamento de arbitraje específico sea posible la intervención de una institución administradora de arbitraje para el desahogo de ciertas etapas procesales.

Tal es el caso que acontece en la regulación del arbitraje comercial de Hong Kong, contenida en «Cap. 609 Arbitration Ordinance».¹² La adopción de esta jurisdicción respecto de la Ley Modelo de la CNUDMI es prácticamente total, pero cuenta con una peculiaridad, pues prevé que, a solicitud de parte, el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) puede intervenir en el procedimiento de nombramiento del

¹² Disponible en
<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?SEARCH_WITHIN_CAP_TXT=hkiac>.

tribunal arbitral ante la falta de acuerdo entre las partes al realizar una designación conjunta.¹³

Normalmente, las legislaciones que están inspiradas en la ley modelo de la CNUDMI refieren que, ante la falta de acuerdo entre las partes para la designación del tribunal arbitral, las partes deberán acudir ante el órgano judicial competente a fin de solicitar el apoyo para la designación de los árbitros. Es por ello que la regulación de Hong Kong es relevante, pues se vislumbra que el legislador previó contar con mecanismos eficientes y especializados para atender este procedimiento.

En el escenario de tener que desahogar un arbitraje *ad hoc* en el cual las partes no crearon para sí, o bien no refirieron la aplicación de algún reglamento arbitral para el procedimiento, el arbitraje se desahogará en los términos procesales que prevea la ley de la sede. Consecuentemente, el hecho de que una jurisdicción prevea que el nombramiento del tribunal arbitral pueda solicitarse por una de las partes a una institución arbitral en lugar de acudir ante un juez puede implicar mayor celeridad al procedimiento.

En este caso en particular, se presume que una institución especializada y con experiencia en la administración de arbitrajes realizará la designación del tribunal arbitral de manera más célere que un órgano judicial, lo que empata con la intención del arbitraje de ser un procedimiento eficiente con limitada intervención judicial.

En conclusión a este tema, se reitera que si bien las instituciones de arbitraje pueden administrar arbitrajes con independencia de la sede jurisdiccional del procedimiento, el ejemplo referido es muestra que en ocasiones una jurisdicción puede prever la participación de una institución profesional y reconocida con la intención de fortalecer y efficientar el desahogo de arbitrajes en esa sede.

¹³ Artículos 24 y 34 de la ley de arbitraje de Hong Kong (Cap. 609 Arbitration Ordinance).

5. DEFINICIÓN E IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL REGLAMENTO PROCESAL ARBITRAL

Una de las principales características y ventajas del arbitraje es su celeridad y flexibilidad, la cual deriva del desahogo procesal del mismo.

El punto de comparación en este tema es el propio procedimiento judicial, en el cual los plazos procesales se encuentran previstos en la ley y las partes no pueden modificarlos.

En un arbitraje, las partes tienen la posibilidad de pactar las etapas y plazos procesales a los cuales se someterán para resolver la controversia; ante esta posibilidad es que cobran relevancia los reglamentos de arbitraje.

Los reglamentos de arbitraje prevén el desahogo del procedimiento desde la presentación de la solicitud o demanda de arbitraje y hasta el dictado del laudo. En estos ordenamientos no se encuentra regulado los requisitos de validez del acuerdo arbitral, la determinación de la arbitrabilidad de una controversia o el procedimiento de nulidad de laudo, toda vez que todo lo anteriormente referido es regulado por la ley de arbitraje de la sede.

En este orden de ideas, el ámbito de aplicación de un reglamento de arbitraje es más acotado que la ley de arbitraje de la sede. Los reglamentos de arbitraje únicamente contienen lo relativo al desahogo del procedimiento arbitral, tal como es la presentación de la demanda, la constitución del tribunal arbitral, la conducción del procedimiento arbitral, así como lo relativo al laudo y las costas del arbitraje.

A fin de visualizar la diferencia entre el ámbito de aplicación entre la ley arbitral de la sede y un reglamento arbitral se debe identificar que la ley arbitral rige y determina los requisitos de validez del acuerdo arbitral; de igual manera regirá la conducción y desahogo del procedimiento

ante la falta de determinación por las partes de un reglamento procesal y tras la emisión del laudo determinará el procedimiento y alcance de los procedimientos de nulidad de laudo. Por su parte, el reglamento de arbitraje únicamente aplicará durante la conducción y deshago del procedimiento arbitral.

Se reitera que un reglamento arbitral únicamente aplicará para el deshago de un arbitraje cuando las partes así lo hayan pactado en el acuerdo de arbitraje; consecuentemente, ningún reglamento tiene carácter de aplicabilidad general, sino que siempre aplica de manera particular, derivado del consentimiento expreso de las partes en el acuerdo arbitral.

La elección de un reglamento de arbitraje implica que el mismo es obligatorio respecto a ese procedimiento arbitral, por lo que las partes deben atender a las disposiciones para el deshago del mismo.

Con relación al reglamento arbitral, es importante tener en consideración la actuación de la institución administradora de arbitraje toda vez que la mayoría de los reglamentos de arbitraje son emitidos por las mismas.

Una institución administradora es aquella organización que le da seguimiento administrativo permanente al trabajo de los árbitros y las actuaciones de las partes, en un procedimiento arbitral conducido bajo las reglas de arbitraje de esa institución.¹⁴

En este tenor, es importante identificar los elementos que pueden fungir como parámetro para la elección de un reglamento procesal para un arbitraje.¹⁵

¹⁴ FLORES RUEDA, Cecilia (editora). «Elsa Ortega López». En *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*. México D. F.: Themis, 2011, p. 174.

¹⁵ En la encuesta realizada en 2015 por la Queen Mary University of London y White & Case LLP sobre el tema *Improvements and Innovations in International Arbitration*, los encuestados refirieron que las instituciones arbitrales más reconocidas son: International Chamber of

Este tema se abordará en los apartados siguientes.

6. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA ELECCIÓN DEL REGLAMENTO PROCESAL ARBITRAL

6.1. Reconocimiento de la amplia oferta de reglamentos procesales

En ocasiones, la elección de un reglamento arbitral pudiese parecer complicado ante la amplia oferta entre los que se puede elegir.

Toda vez que los reglamentos de arbitraje son emitidos por instituciones de arbitraje, es decir no los emite el Estado, ello tiene como consecuencia que los usuarios del arbitraje cuenten con varias opciones sobre las cuales pueden elegir.

Sin embargo, en la práctica, hay algunos elementos prácticos a considerar que pueden aclarar el panorama y así determinar el reglamento arbitral más adecuado para cierta controversia.

Un primer factor de valoración es el idioma en que se desarrollará el arbitraje, el cual idóneamente debe ser el mismo en el cual está redactado el reglamento de arbitraje. De esta manera, al desahogar el procedimiento no será necesario que las partes realicen traducciones del mismo, lo que en ocasiones puede conllevar a contar con traducciones distintas sujetas a interpretación.

Algunas instituciones de arbitraje tales como la Cámara de Comercio Internacional o el Singapore International Arbitration Centre, al ser destacados centros administradores de arbitrajes internacionales, cuentan con su reglamento procesal en distintos idiomas.

Commerce, London Court of International Arbitration, Hong Kong International Arbitration Centre, Singapore International Arbitration Centre and Stockholm Chamber of Commerce (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Op. cit.*).

Si bien pudiese parecer un factor intrascendente, en aras de la eficiencia del procedimiento es recomendable cerciorarse que el reglamento que se pretende elegir para un determinado arbitraje esté en el idioma en el que se desarrollará el arbitraje.

Otro factor clave a considerar es el procedimiento y plazos procesales que el reglamento contempla. Un aspecto relevante es que todo reglamento de arbitraje prevé el principio de debido proceso para las partes involucradas; no obstante, el procedimiento de cada reglamento cuenta con sus propias etapas procesales, requisitos y términos procesales. Es por ello que siempre es recomendable realizar una revisión del contenido del reglamento y así contar con la información suficiente para valorar dicho reglamento conforme a la posible controversia.

Adicionalmente, es importante referir que algunas instituciones cuentan con reglamentos distintos para arbitrajes nacionales o internacionales, por lo que dependiendo de las características de la controversia aplicará alguno de éstos, por lo que es relevante analizar con anticipación el escenario procesal ante el cual se desahogará el procedimiento dependiendo de las características de la controversia.

Finalmente, un aspecto a considerar es la experiencia con la que cuenta la institución en la administración de arbitraje, toda vez que la labor que realiza influye en el desahogo del procedimiento. Este criterio se puede valorar al analizar la información sobre la institución y la referencia a los perfiles de las personas que laboran o colaboran con la misma considerando su preparación y experiencia en la administración de arbitrajes.

6.2. Servicios integrales de solución de controversias por una institución de arbitraje

Es común que una controversia pueda someterse a más de un procedimiento de resolución de controversias, por ejemplo, las partes pueden

pactar que se lleve a cabo una mediación y en caso de que no se logre un acuerdo se tendrá que agotar un procedimiento arbitral.

En estos casos, en aras de la eficiencia de los procedimientos es recomendable que las partes determinen que éstos se regirán conforme a las respectivas regulaciones de una sola institución.

Es decir, la idoneidad de un reglamento también puede partir de que los procedimientos previos de solución de controversias se rijan bajo reglamentos de la misma institución, ello permite que las partes se encuentren familiarizadas con los servicios de dicha institución y puede facilitar el paso de un procedimiento a otro.

Actualmente, algunas instituciones de arbitraje cuentan con una amplia variedad de reglamentos sobre distintos mecanismos de solución de controversias, tal es el caso del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, la cual cuenta con reglamentos de arbitraje nacional, internacional, mediación y *dispute boards*.

La tendencia de las instituciones de arbitraje de ampliar la oferta de los servicios que presta es un factor de fortalecimiento a los medios alternos al brindar mayores opciones a los usuarios para acceder a estos mecanismos para resolver sus controversias.

6.3. Implicaciones del reglamento de arbitraje para la determinación de la sede ante falta de acuerdo entre las partes

Ante la falta de designación o acuerdo entre las partes respecto a la sede del arbitraje, el hecho de que las partes hayan elegido el reglamento de una institución de arbitraje no implica que automáticamente la sede del arbitraje sea la jurisdicción en la cual se ubica la institución.

No obstante lo anterior, los reglamentos prevén un mecanismo para la determinación de la sede arbitral del procedimiento ante la falta de

acuerdo entre las partes. Recalcando que si las partes, en el acuerdo arbitral, fijaron la sede, entonces prevalece este acuerdo y no será necesario agotar el proceso previsto en las reglas para fijar la sede.

Ante la falta de acuerdo entre las partes, a fin de que se determine la sede del arbitraje, los reglamentos de arbitraje generalmente prevén alguna de las siguientes dos opciones:

- i. Facultar a un órgano interno de la institución a fin de que determine cuál será la sede del arbitraje.¹⁶
- ii. Facultar al tribunal arbitral a fin de que determine cual será la sede del arbitraje.¹⁷

Toda vez que es necesario que en un procedimiento arbitral se determine una sede, es importante identificar el mecanismo que el reglamento prevé para la designación del mismo ante la falta de acuerdo entre las partes.

En este sentido, dada la relevancia jurídica que conlleva la sede arbitral, el escenario idóneo sería que las partes la designen de común acuerdo; sin embargo, en caso de que ello no acontezca, la sede será designada por el órgano facultado en el reglamento de arbitraje que fue elegido por las partes.

¹⁶ Algunos ejemplos son:

Artículo 17 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el cual se faculta a la Corte de Arbitraje de la institución para designar la sede.

Artículo 16 de las Reglas de Arbitraje de las Reglas de Swiss Chamber's Association for Arbitration and Mediation, en el cual se faculta a la Corte de Arbitraje de la institución para designar la sede.

Artículo 20 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, en el cual se faculta a la Secretaría General de la institución para designar la sede.

¹⁷ Algunos ejemplos son:

Artículo 21 de las Reglas de Arbitraje del Singapore International Arbitration Centre.

Artículo 16(2) de las Reglas de Arbitraje de London Court of International Arbitration.

7. CONCLUSIONES

Tanto la sede arbitral como el reglamento de arbitraje atienden cuestiones procesales de desahogo del arbitraje, ambas tienen un rol trascendental en la celeridad y eficiencia de éste.

Es menester tener presente que las mismas emanan de distintas fuentes. Por una parte, la ley de arbitraje la emite un Estado mientras que los reglamentos de arbitraje son emitidos por las instituciones privadas de arbitraje. Independientemente de lo anterior, cuentan con la similitud de que su determinación en un arbitraje deriva de la propia voluntad de las partes.

Retomando la analogía que se expresó al inicio del trabajo, considerando la sede arbitral como la ruta y el reglamento arbitral como el vehículo para transitar esa ruta, si se sigue los criterios de valoración propuestos en los apartados previos, se estará en posibilidad de determinar la idoneidad de cada uno de estos aspectos procesales respecto de un arbitraje en específico.

Es importante tomar en consideración que la elección de la sede y el reglamento arbitral debe ser una decisión que se realice para cada asunto en particular, atendiendo a las características y requerimientos del mismo.

La adecuada elección de la sede y el reglamento de arbitraje será un factor relevante para que el procedimiento se desahogue de manera eficiente, retomando la analogía, si se elige una ruta y vehículo adecuado, se podrá transitar el trayecto hasta alcanzar el punto de destino de manera fluida.

La sede y reglamento arbitral son los factores clave para tener una fórmula exitosa para el desahogo de un procedimiento arbitral, lo que conlleva a contar con un mecanismo de solución de controversias que

trasciende fronteras geográficas y fomenta la eficiente resolución de controversias.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CNUDMI. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>

CNUDMI. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>

FLORES RUEDA, Cecilia (editora). «Claus von Wobeser». En *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*. México D. F.: Themis, 2011

FLORES RUEDA, Cecilia (editora). «Elsa Ortega López». En *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*. México D. F.: Themis, 2011

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Recuperado de <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>>.

LA EJECUTABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES ANULADOS POR LA JUSTICIA DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

Mateo Verdías Mezgera*

Sumario: 1. Introducción: breve reseña sobre las consecuencias jurídicas de la elección de una sede.— 1.1. *Lex arbitri*.— 1.2. Jurisdicción auxiliaria.— 1.3. Jurisdicción anulatoria.— 2. El arbitraje: ¿un método de resolución de disputas «deslocalizado» o «territorial»?— 2.1. El principio de territorialidad.— 2.2. El concepto de deslocalización.— 2.2.1. La sede como punto débil de esta teoría.— 3. La anulación de laudos arbitrales internacionales.— 4. Ejecución de laudos arbitrales anulados.— 4.1. Finalidad de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.— 4.2. La rivalidad entre los artículos V(1)(e) y VII de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.— 4.3. Cortes a favor de la ejecución de laudos anulados.— 4.3.1. El caso Norsolor S. A. c. Pabalk Ticaret Sirketi S. A.— 4.3.2. El caso Société Hilmarton Ltd. c. Société OTV.— 4.3.3. El caso Chromalloy Aeroservices Inc. c. la República  rabe de Egipto.— 4.3.4. El caso Putrabali Adyamulla c. Société Rena Holding.— 4.3.5. El caso Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. c. Pemex-Exploración y Producción.— 4.3.6. Otros casos con

* LL.M. Columbia Law School.

aproximaciones similares.— 4.4. Cortes en contra de la ejecución de laudos anulados.— 4.4.1. El caso Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.— 4.4.2. El caso Termorio S. A. E. S. P. c. Electranata S. P.— 4.4.3. El caso Martin I. Spier c. Calzaturificio Tecnica SpA.— 4.4.4. Thai-Lao Lignite (Tailandia) Co. c. República Democrática Popular Lao.— 4.5. Evolución cronológica de los casos.— 5. Críticas doctrinarias a las distintas aproximaciones.— 5.1. Críticas a la posición moderna.— 5.2. Críticas a la posición tradicional.— 6. Conclusión.— 7. Referencias bibliográficas.

La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha dado lugar a un debate doctrinal —con consecuencias muy prácticas— sobre la posibilidad de reconocer laudos anulados por la corte competente de la sede del arbitraje. Por un lado, están quienes sostienen que la *deslocalización* del arbitraje es de tal magnitud que la decisión de una corte estatal de anular un laudo no impide a otras cortes estatales optar por su reconocimiento. Sin embargo, una concepción opuesta entiende que la primacía de la *territorialidad* del arbitraje, manifestada en la existencia de una sede, supone que las partes voluntariamente sometieron su disputa a un proceso que está esencialmente ligado a un ordenamiento territorial y, en consecuencia, sujeto a la decisión de «justicia internacional» que adopte la corte competente de la jurisdicción elegida como sede.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE RESEÑA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ELECCIÓN DE UNA SEDE

Hace unos años, la actual presidenta electa de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Dra. Claudia Salomon, sostuvo correctamente que

[L]as partes en un arbitraje quieren elegir una sede donde la corte estatal no interfiera con el proceso arbitral. Al mismo tiempo, necesitan observar el potencial auxilio de la corte estatal como una herramienta adicional para lograr los objetivos del cliente.¹

Esa idea se mantiene absolutamente vigente hoy en día.

La elección de la sede del arbitraje tiene una esencial importancia en tanto rectora del procedimiento arbitral: será la ley procesal de la sede (*lex arbitri*) la que gobernará el arbitraje. Consecuentemente, las partes elegirán como sede una jurisdicción con una tradición judicial amigable para con el proceso arbitral. Buscarán, como mínimo, una jurisdicción que tenga poca interferencia con el tribunal arbitral, salvo en lo realmente necesario.²

La elección de una sede tiene, esencialmente —y sin limitarse a—, tres grandes consecuencias jurídicas:³ (i) determina la ley de arbitraje que regirá el proceso; (ii) establece la jurisdicción auxiliaria del proceso arbitral; y (iii) establece la jurisdicción anulatoria del laudo.

1.1. *Lex arbitri*

La ley que gobernará el procedimiento arbitral es, por lo general, la ley de arbitraje de la jurisdicción elegida como «primaria»⁴ (por contraposi-

¹ MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 48.

² *Idem*, p. 47.

³ BORN, Gary B. *International Arbitration: Cases and Materials*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 600, «Chapter 7: Selection of Arbitral Seat in International Arbitration». Ver, también, BĚLOHLÁVEK, Alexander J. «Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth». En *ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage*, 2013, n.º 2, vol. 31, p. 262.

⁴ THADIKKARAN, Manu. «Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?». En *Journal of International Arbitration*, n.º 5, vol. 31, p. 576.

ción a la jurisdicción de ejecución, identificada generalmente como «secundaria»),⁵ esto es, la sede. Si bien su contenido procesal —y en ocasiones hasta sustantivo— puede ir variando de jurisdicción en jurisdicción, el lector debe comprender, por sobre todo, el tipo de cuestiones que se regulan y qué interacción tiene la *lex arbitri* con los reglamentos elegidos por las partes y con la ley sustantiva que gobierna el contrato principal.⁶

El cuerpo normativo globalmente conocido y preferido al adoptar marcos normativos para el arbitraje internacional es la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, una ley adoptada —aunque no de forma siempre uniforme— en al menos 85 Estados.⁷ Se trata de un modelo muy completo, sobre el cual se ha venido desarrollando jurisprudencia comparada abundante y que regula cuestiones esenciales como el acuerdo de arbitraje, la composición, competencia e impugnación del tribunal arbitral, el dictado de medidas cautelares y la asistencia e intervención judicial, el pronunciamiento del laudo, así como su anulación o reconocimiento y ejecución, entre otros.

Por lo general, una ley de arbitraje regula lo que el experto Gary Born identifica como cuestiones «internas» y «externas» del procedimiento arbitral.⁸

Dentro de las cuestiones internas, Born identifica: (a) la autonomía de las partes para acordar elementos procesales y sustanciales; (b) estándares de justicia procesal en el procedimiento arbitral; (c) el cronograma

⁵ JIJÓN ANDRADE, Alegría y Adriana ORELLANA UBIDIA. «Una propuesta para una diferencia irreconciliable: la ejecución de laudos anulados y el principio de cortesía internacional». En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2019, n.º 10, pp. 192-193. Ver, también, Sentencia del 25 de mayo de 2007 de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos, en el caso TermoRio S. A. E. S. P. c. Electranta S. P.

⁶ MOSES, Margaret. *Op. cit.*, p. 68.

⁷ CNUDMI. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status. Consultado el 29 de marzo de 2021.

⁸ BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 599-600.

de actuaciones que tendrá el procedimiento; (d) la consolidación, la incorporación de partes adicionales y la intervención de terceros; (e) las particularidades de las audiencias —como ser el orden, cantidad, forma y tiempo de interrogatorios, entre otras—; (f) regulación sobre las rondas de memoriales y producción de evidencia; (g) confidencialidad de los procedimientos; (h) derechos y obligaciones de los árbitros; (i) interacción del tribunal arbitral con las cortes estatales para el auxilio procesal; (j) deberes éticos de los árbitros (conflictos de interés y demás); (k) publicación del laudo; (l) interpretación y ejecución del acuerdo arbitral, dentro de los que se incluyen las cuestiones de materia no arbitrable; (m) reglas relativas a los costos legales; entre otras.

Por su parte, los factores externos se explican, conceptualmente, como aquéllos que suponen un actuar proactivo de cortes domésticas en auxilio, y para permitir la eficiencia, del proceso arbitral. Así, Born hace referencia a: (a) el ejercicio del principio de *kompetenz-kompetenz* por el tribunal arbitral y por las cortes estatales de la sede, cuando corresponda; (b) la anulación del laudo arbitral; (c) la selección de los árbitros, así como su remoción y sustitución; (d) la recolección de evidencia en auxilio al arbitraje; (e) la ejecución de medidas cautelares; entre otras.

1.2. *Jurisdicción auxiliatoria*

De regla general, las partes y el tribunal arbitral buscan que no exista —o que exista en forma mínima— interferencia de una corte estatal en el procedimiento arbitral. No obstante, hay instancias donde, dada la falta de *imperium* de los tribunales arbitrales, la asistencia de un órgano judicial estatal se vuelve esencial.⁹

Observando un principio de intervención mínima en el proceso arbitral, los órganos judiciales de la sede del arbitraje podrán auxiliar al tribunal en el curso del procedimiento arbitral, como ser: a) la ejecución

⁹ MOSES, Margaret. *Op. cit.*, p. 87.

de cláusulas arbitrales (en casos como el de Uruguay, donde incluso luego de pactada una cláusula arbitral se requiere el otorgamiento de un compromiso arbitral en documento público,¹⁰ o al hacer una revisión *prima facie* de cláusulas arbitrales para luego remitir la disputa al tribunal arbitral competente); b) en la designación de árbitros; c) en la fase probatoria (producción de evidencia ordenada mediante *imperium* de la justicia estatal); d) en la ejecución de las medidas cautelares;¹¹ entre otras.

1.3. *Jurisdicción anulatoria*

No son pocas las situaciones donde las partes buscan la anulación de un laudo, sea por cuestiones tácticas de evitar el cumplimiento o sea por verdaderas consideraciones de que el tribunal arbitral faltó a la justicia.¹² Como se verá, las causales de anulación, previstas en las leyes de arbitraje de cada jurisdicción, pueden generalmente agruparse en nueve categorías: (i) vicios en el acuerdo arbitral; (ii) vicios en la constitución del tribunal arbitral; (iii) violaciones al derecho a ser oído; (iv) el tribunal arbitral decidió disputas no alcanzadas por el acuerdo arbitral; (v) la materia objeto del arbitraje no era arbitrable según las leyes aplicables; (vi) el laudo arbitral es contrario al orden público internacional; (vii) el tribunal arbitral incurrió en falta de imparcialidad o independencia; (viii) existencia de fraude en el proceso arbitral; (ix) el laudo arbitral contiene severos errores en los méritos (ésta última es poco común).

¹⁰ Ver artículo 477 del Código General del Proceso de Uruguay (Ley 19.090, artículo 477: «Compromiso.- El compromiso deberá consignarse, bajo pena de nulidad, en acta o escrito judicial o en escritura pública [...]»).

¹¹ RUIZ RISUEÑO, Francisco. «Arbitraje y función jurisdiccional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2019, n.º 1, vol. 12, p. 127.

¹² Ver, por ejemplo, Sentencia de anulación de la Corte de Apelaciones de Lieja, Bélgica, de fecha 22 de noviembre de 2010, caso *Company S. and Mr. T c. M. L. and Company* en IBA ARBITRATION COMMITTEE. *Annulment of arbitral awards by state court: review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*, octubre de 2018, p. 4. Recuperado de <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=b4b532bb-90e1-40ab-ab3d-f730c19984fb>>. Ver, también, BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 3164, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards».

A diferencia de lo que sucede en procedimientos judiciales, no existe en el arbitraje la figura de la «apelación» del laudo. Una vez dictado, el laudo será final y vinculante. No obstante, los laudos arbitrales sí pueden ser impugnados con base en la verificación de limitadas irregularidades generalmente procesales.¹³

La potestad anulatoria corresponde exclusivamente a la corte estatal competente de la jurisdicción elegida como sede del arbitraje. Y las causales que pueden dar mérito a la anulación se establecen generalmente en la misma ley de arbitraje de la sede.

Es muy importante, en este sentido, no confundir las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos (denegación que puede decidir cualquier corte del mundo donde se pretenda la ejecución del laudo), con las causales de anulación de un laudo (que, por regla, pueden ser aplicadas exclusivamente por las cortes competentes de la sede). Aun así, y como se verá, la mayoría de las leyes arbitrales nacionales han dispuesto las causales de anulación inspiradas en, y casi como una réplica de, las causales previstas por el artículo V de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, la Convención de Nueva York o CNY) para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.¹⁴

Contrario a lo que podría pensarse, las consecuencias jurídicas de la anulación de un laudo no están claramente establecidas ni pacíficamente acordadas por la comunidad internacional. Mientras unas cortes entienden que no es posible ejecutar lo que no existe (*ex nihilo nil fit*, en referencia a laudos anulados), otras consideran que la decisión de una corte doméstica de anulación no puede ni debe ser vinculante para otras

¹³ Ver, por ejemplo, Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, capítulo VII («Impugnación del laudo»), artículo 34 («La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral»).

¹⁴ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, p. 3164, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards».

cortes de ejecución en otras jurisdicciones y, por ende, una anulación en la sede no tiene efectos vinculantes sobre cortes que entienden sobre la ejecución.

2. EL ARBITRAJE: ¿UN MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS «DESLOCALIZADO» O «TERRITORIAL»?

El arbitraje internacional ha sido definido en reiteradas ocasiones como un método alternativo de disputas deslocalizado —aunque no de forma absoluta— de un Estado en concreto.¹⁵ Ésta es, en particular, una de las razones más atractivas para las partes de un contrato que están evaluando la inserción de una cláusula arbitral: no quedar sometidos a la justicia de un Estado en específico, sino acudir a un foro más «neutro» en términos de nacionalidad del órgano decisor. Sin embargo, esta deslocalización, que implica que el procedimiento es «carente de Estado, flotante, o anacional»,¹⁶ está matizada, veremos, por la existencia de una sede.

Que el arbitraje sea considerado esencialmente deslocalizado o, por el contrario, territorial, tendrá consecuencias prácticas muy evidentes sobre el actuar de las distintas cortes estatales donde el laudo pretenda ejecutarse. Pero antes de adentrarnos en estas consecuencias prácticas, debemos comprender el porqué de las distintas voces en favor de considerar al arbitraje como un mecanismo territorial o, por el contrario, deslocalizado.

¹⁵ PAULSSON, Jan. «Delocalization of International Commercial Arbitration: when and why it matters». En *The International and Comparative Law Quarterly*, enero de 1983, n.º 1, vol. 32, p. 53.

¹⁶ MORENO PALAO, Guillermo. «El lugar del arbitraje y la 'deslocalización' del arbitraje comercial internacional». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), enero-abril de 2011, n.º 130, año XLIV, p. 183. Ver, también, GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1/16-45, vol. 14, p. 40.

2.1. *El principio de territorialidad*

Los Estados soberanos adoptan sus propias reglas de procedimiento a efectos de regular los procesos conducidos por sus órganos judiciales, autoridades estatales y cualquier otro tipo de proceso jurisdiccional llevado adelante en su territorio. Esta actividad regulatoria se limita exclusivamente al territorio de cada Estado. Significa que la litigación judicial está gobernada por el principio tradicional y general de que una corte judicial siempre aplicará las normas procesales de su propia jurisdicción (el principio de la *lex fori*).¹⁷ Es el llamado «principio de la territorialidad» de las normas procesales. En el arbitraje internacional, esta territorialidad —explica el profesor Fernández Arroyo— implica que un laudo necesariamente extrae su fuerza vinculante y validez del ordenamiento legal de la sede, por lo que las cortes estatales de la sede tienen una especial autoridad de control.¹⁸ Tradicionalmente, se ha entendido que el arbitraje está, en cierto modo, sujeto al principio de territorialidad a través de la figura de la sede y la consecuente aplicación de normas procesales —territoriales— de orden público.

Sin embargo, veremos, hace ya varios años se ha propuesto la teoría de la deslocalización, con un creciente número de practicantes, árbitros, cortes estatales y académicos adhiriendo la misma.

2.2. *El concepto de deslocalización*

La teoría de la deslocalización concibe al arbitraje internacional como un foro anacional, desvinculado e independiente de cualquier sistema jurídico estatal. El árbitro se configura como el juez natural de la contienda y, por consiguiente, no tiene vinculación con el juez estatal (desvinculación justamente querida por las partes que pactan la cláusula

¹⁷ BÉLOHLÁVEK, Alexander J. *Op. cit.*, pp. 263-264.

¹⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. «The curious case of an arbitration with two annulment courts: comments on the YPF saga». En *Arbitration International*, 2017, n.º 2, vol. 33, p. 327.

arbitral).¹⁹ Es una teoría arraigada en la autonomía de la voluntad de la que gozan las partes de una cláusula arbitral y se explica en la libertad que tienen las partes de elegir la sede del arbitraje, la ley aplicable, la forma de designación y cantidad de árbitros, el lenguaje, entre otros componentes del proceso.²⁰ Todo el acuerdo arbitral nace, dice esta teoría, de la voluntad de las partes y no de una ley estatal.²¹

La deslocalización busca respaldar la premisa de que el arbitraje debe ser independiente y no estar sujeto a intervenciones del Poder Judicial ni al impacto negativo que determinadas leyes procesales de la sede puedan tener sobre el proceso arbitral. Busca, en última instancia, que el incumplimiento de normas domésticas de la sede del arbitraje no tenga efectos sobre la ejecución del laudo arbitral.²² Sobre esta base, hay quienes han conceptualizado a la teoría de la deslocalización como un «escudo jurídico» para el arbitraje,²³ que pretende proteger al proceso de intromisiones externas del Poder Judicial. El profesor Fernández Arroyo explica que, considerando que bajo esta teoría los árbitros no tienen un foro nacional concreto del cual deriva su autoridad, el laudo resultante del proceso es considerado un «laudo flotante».²⁴

Quienes apoyan esta teoría se fundamentan esencialmente en:

- i. La autonomía de la voluntad de las partes en el marco de un proceso arbitral; autonomía reconocida, entre otros, por el

¹⁹ GÓMEZ JENE, Miguel. «Exequátur del laudo suspendido en el Estado de origen». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, n.º 1, vol. 3, p. 96.

²⁰ SAGHIR, Zaherah y Chrispas NYOMBI. «Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application». En *International Company and Commercial Law Review*, 2016, n.º 8, vol. 27, p. 269.

²¹ *Idem*, p. 270.

²² *Idem*, p. 269. Ver, también, BRAZIL-DAVID, Renata. «Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, 2011, n.º 5, vol. 28, p. 465.

²³ DIKE, Obinna. «Delocalisation of Ad Hoc Arbitral Proceedings: To What Extent Can the Jurisdiction of the Court of the Seat of Arbitration be Excluded?». En *Auxano Law Journal*, 2020, n.º 3, vol. 1, p. 39. Ver, también, SAGHIR, Zaherah y Chrispas NYOMBI. *Op. cit.*, p. 269.

²⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Op. cit.*, p. 327.

artículo 19(1) de la Ley Modelo CNUDMI —al establecer que las partes son libres de acordar el procedimiento que deberá seguir el tribunal arbitral—, y por el artículo v(1)(d) de la Convención de Nueva York al indicar que una de las causales de denegación de *exequatur* de un laudo es que el procedimiento no se haya ajustado a lo acordado por las partes o, en su defecto, no haya cumplido con lo establecido por la ley de la sede, elegida por las partes. La voluntad de las partes toma un rol central en todo momento.

- ii. La discrecionalidad que otorga la Convención de Nueva York para denegar reconocimientos y ejecuciones de laudos anulados. El propio artículo v(1)(e) de la Convención de Nueva York indica que una corte estatal que entiende en un proceso de *exequatur* «podrá» denegar el reconocimiento de un laudo anulado.²⁵ Esa discrecionalidad que otorga la CNY a las cortes de ejecución al analizar laudos anulados es la que —dicen los defensores de esta postura— demuestra que la deslocalización del arbitraje tiene una recepción normativa tal que permite la ejecución de laudos anulados. No obstante, los detractores de esta teoría argumentan que, justamente, el artículo en cuestión no hace otra cosa que ratificar una intervención de las cortes estatales sobre el arbitraje y, por ende, dar primacía al carácter territorial del proceso.²⁶

Cabe destacar, como bien lo explica el experto Fernando Manti-lla-Serrano, que los redactores de la Convención de Nueva York abogaban, inicialmente, por una verdadera internacionalidad del

²⁵ Ver artículo v(1)(e) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras («1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia»).

²⁶ GOODE, Roy. «The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration». En *Arbitration International*, 2001, n.º 1, vol. 17, p. 23.

arbitraje.²⁷ De hecho, el primer borrador de la Convención refería —en su denominación— al reconocimiento y ejecución de «laudos internacionales» y no de «sentencias extranjeras».²⁸ Así, reflexiona Mantilla-Serrano, «el proyecto inicial, preparado por la Cámara de Comercio Internacional, CCI, sí hacía referencia a laudo internacional. Ese proyecto propugnaba la tesis de un arbitraje verdaderamente internacional, es decir, sin nexo particular con un ordenamiento jurídico».²⁹ Sin embargo, ésta no fue la postura preferida por la mayoría de los Estados signatarios. Como bien explica el autor en cuestión, fue

[...] ante la reticencia de ciertos países que hace 50 años todavía estaban fuertemente influenciados por una práctica arbitral en la que las reglas de conflicto de leyes, la noción de *lex arbitrii* y la sede del arbitraje eran los elementos determinantes de la regulación del arbitraje, que los redactores de la Convención optaron por hacer referencia a laudo extranjero (o sentencia extranjera, que es la expresión impropia consagrada en el texto oficial en español) para denotar así, como se deduce del articulado de la Convención, la importancia que la Convención quiere otorgar al lugar donde el laudo fue dictado y al ordenamiento jurídico de ese Estado.³⁰

Cualquiera sea el fundamento que se tome, la máxima expresión de la deslocalización radica, podría decirse, en entender al proceso arbitral como un proceso que se «autorregula», permitiendo a las partes obligarse por reglas procesales diseñadas por ellas mismas —en casos de arbitrajes

²⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». En *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, vol. 15, sección «Introducción».

²⁸ Ver United Nations Economic and Social Council, ECOSOC, *Report and Preliminary Draft Convention on the Enforcement of International Arbitral Awards*, UN Doc E/C.2/373 (1953), 174 *International Chamber of Commerce, ICC Brochure* (1953), UN DOC. E/C.2/373, reimpreso en 9 *International Chamber of Commerce Bulletin, ICC BULL.*, 32 (mayo, 1998) en MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*

²⁹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, nota al pie n. 3.

³⁰ *Idem*, sección «Introducción».

ad hoc— o elegidas por ellas mismas —en casos de arbitrajes institucionales—. ³¹

2.2.1. *La sede como punto débil de esta teoría*

Si bien la teoría de la deslocalización ha tomado especial relevancia dentro de la doctrina, sus detractores —algunos de los cuales incluso han catalogado a la teoría como «engañosa»— ³² tienen un punto a favor considerablemente fuerte: la sede del arbitraje tiene consecuencias jurídicas muy estrictas que ligan al arbitraje con un marco normativo procesal territorial con disposiciones que, cuando son de orden público, no pueden ser ignoradas por las partes. ³³ Esto, al punto que tener un proceso arbitral completamente desligado de normas estatales y sin intervención judicial alguna podría dañar la practicidad y efectividad del arbitraje en sí mismo. ³⁴

Los opositores a la deslocalización absoluta explican que la propia Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 11(4), prevé la intervención de cortes estatales a efectos de evitar callejones sin salida en el proceso arbitral. ³⁵ Es que, en efecto, en situaciones como impugnaciones al acuerdo arbitral antes de iniciado el proceso, o negativa de una parte a designar un árbitro, entre otras, el auxilio judicial puede tornarse fundamental. Una de las situaciones más conocidas donde la sola mención en la cláusula al concepto de sede, y el auxilio judicial al arbitraje, demostró ser crucial para la eficacia del proceso arbitral es el conocido caso Lucky-

³¹ Ver J. Li, «The Application of the Delocalisation Theory in Current International Commercial Arbitration» [2011] I.C.C.L.R. 1, 3, en DINCHI JAMES, Louisa y Tayo T. BELLO. *Delocalization of Arbitration: Dynamic Change in International Commercial Arbitration*, (4 de noviembre de 2020). Recuperado de <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3724941>>, p. 6.

³² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sexta edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2015, p.187.

³³ JANIČIJEVIĆ, Dejan. «Delocalization in International Commercial Arbitration». En *Law and Politics*, 2005, n.º 1, vol. 3, pp. 63-71.

³⁴ SAGHIR, Zaherah y Chrispas NYOMBI. *Op. cit.*, p. 271.

³⁵ LEW, Julian. «Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2008, n.º 2, vol. 23.

Goldstar International Ltd. c. Ng Moo Kee Engineering.³⁶ En ese caso, las partes habían pactado una cláusula arbitral eligiendo como sede un «tercer» país distinto a aquéllos donde las partes tenían sus establecimientos comerciales. Aun cuando la cláusula arbitral parecía casi imposible de poder ser ejecutada, la sola mención a una sede —aunque indeterminada— bastó para que la Corte Superior de Hong Kong declinara jurisdicción en un reclamo y remitiera las actuaciones a arbitraje a la luz del artículo 8 de la Ley Modelo CNUDMI. Se trata de un ejemplo muy claro sobre cómo la figura de la sede arbitral es un pilar difícil de derribar por quienes propugnan la deslocalización absoluta del arbitraje.

3. LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Las consecuencias jurídicas de que un laudo arbitral sea anulado por la justicia de la sede del arbitraje no están del todo claras. O, al menos, no hay unanimidad al respecto.³⁷

Para una parte importante de la doctrina, como lo es el profesor Albert van der Berg, un laudo anulado pierde completamente su validez jurídica.³⁸ Se encuentran en el lado opuesto quienes, como el profesor Jan Paulsson,³⁹ consideran que la anulación de un laudo por la justicia

³⁶ Ver Lucky-Goldstar International Ltd. c. Ng Moo Kee Engineering, decisión de la Corte Superior de Hong Kong de fecha 5 de mayo de 1993, según extracto publicado en *Hong Kong Law Reports (HKLR)*, 1993, p. 73 y analizado en CNUDMI. *Jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CNUDMI*, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4, 30 de agosto de 1994, p. 4.

³⁷ Ver análisis de las distintas consecuencias jurídicas de la anulación, dependiendo de la causal y la ley aplicable en RIVAS CASO, Gino. «And What Now? Las consecuencias de la anulación del laudo». En *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, 2020, n.º 39, pp. 125-153.

³⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan. «Enforcement of Annulled Awards». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 2, vol. 9, pp. 15-21. Ver, también, BAZÁN SANTILLÁN, Kiara y Eduardo INIGUEZ ORTIZ. «La noche de los laudos vivos: el caso Esso (o, sobre cuándo un laudo anulado puede ser ejecutado)». En *Enfoque Derecho*, 5 de octubre de 2020. Recuperado de <<https://www.enfoquederecho.com/2020/10/05/la-noche-de-los-laudos-vivos-el-caso-esso-o-sobre-cuando-un-laudo-anulado-puede-ser-ejecutado/>>.

³⁹ Ver discusión en VAN DEN BERG, Albert Jan. *Op. cit.*, pp. 15-21.

de la sede no tiene efectos para las cortes de las jurisdicciones donde se pretenda ejecutar el laudo.⁴⁰

No obstante, el debate sobre los efectos que pueda tener una anulación, las causales por las que un laudo arbitral puede ser anulado son, en general, coincidentes en la mayoría de las leyes arbitrales nacionales. La Ley Modelo CNUDMI establece causales de anulación taxativas, inspiradas en las causales de denegación de reconocimiento y ejecución previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York.⁴¹ En este sentido, el experto Gary Born organiza los motivos de anulación de laudos en nueve grupos:⁴²

- a) La invalidez del acuerdo arbitral por falta de capacidad de uno de los contratantes o por no cumplir cualquiera de los requisitos establecidos por la ley que lo regula o, en su defecto, establecidos por la ley del lugar donde se pretende la anulación del laudo. Ésta es, por ejemplo, la causal prevista por la Ley Modelo CNUDMI en su artículo 34(2)(a)(i),⁴³ y por la CNY en su artículo V(1)(a).
- b) Una de las partes no es respetada en su derecho a ser oída. Es una causal que busca esencialmente evitar injusticias procesales.

⁴⁰ GARCÍA CUETO, José Ignacio; SORIANO LLOBERA, Juan y Jaume ROIG HERNANDO. «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, n.º 1, vol. 8, p. 105. Ver, también, en este sentido —aunque menos radical—, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Enforcement of Annulled Awards: towards a better analytical approach». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, p. 27.

⁴¹ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 336, «Chapter 16: Annulment of International Arbitral Awards».

⁴² *Idem*, p. 321.

⁴³ Ver Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, capítulo VII («Impugnación del Laudo»), artículo 34.2(a)(ii) («La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral [...] El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando [...] (a) la parte que interpone la petición pruebe: [...] (i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado»).

Esto es lo establecido en el artículo 34(2)(a)(ii) de la Ley Modelo CNUDMI⁴⁴ y, similarmente, en el artículo V(1)(b) de la CNY.⁴⁵

- c) El laudo decide cuestiones que exceden el mandato del tribunal arbitral dispuesto en la cláusula de arbitraje, previsto en el artículo 34(2)(a)(iii) de la Ley Modelo CNUDMI⁴⁶ y en el artículo V(1)(c) de la CNY, es una causal que abarca los escenarios conocidos como *extra petita*, *ultra petita* y *minus petita*.
- d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral seguido por el tribunal no se ajustaron al acuerdo de las partes. En la medida en que el acuerdo al que las partes hubieran llegado no contraviene una norma obligatoria de la ley de la sede, su incumplimiento dará lugar a una anulación del laudo. En caso de que nada hubieran acordado las partes, esta causal será aplicable en la medida en que la composición del tribunal o el procedimiento seguido no se ajusten a la ley de la sede. Esto es lo establecido por el artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo CNUDMI y, paralelamente, por el artículo V(1)(d) de la CNY. En este punto,

⁴⁴ Ver Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, capítulo VII («Impugnación del Laudo»), artículo 34.2(a)(ii) («La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral [...] El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando [...] (a) la parte que interpone la petición pruebe: [...] (ii) que no ha sido debidamente notifi cada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos»).

⁴⁵ Ver Convención de Nueva York Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, artículo V(i)(b) («Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] (b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa»).

⁴⁶ Ver Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, capítulo VII («Impugnación del Laudo»), artículo 34.2(a)(ii) («La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral [...] El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando [...] (a) la parte que interpone la petición pruebe: [...] (iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular éstas últimas»).

explica Born, no es necesario que exista una injusticia procesal que viole el debido proceso para que aplique la causal. Basta con el simple incumplimiento de lo acordado por las partes o de lo dispuesto por la *lex arbitri*.⁴⁷

- e) La materia objeto de la disputa no podía ser sometida a arbitraje según las leyes aplicables. Esta causal está prevista tanto por el artículo 34(2)(b)(i) de la Ley Modelo CNUDMI como por el artículo v(2)(a) de la CNY.
- f) El laudo emitido es contrario al orden público de la jurisdicción elegida como sede. Tanto el artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo CNUDMI, como el artículo v(2)(b) de la CNY permiten anular y denegar reconocimiento y ejecución de laudos que entren en conflicto con el orden público del foro de anulación o de ejecución en cuestión. Sobre este punto existe un extenso debate con relación a la referencia al orden público que debe violarse para que se admita una anulación del laudo: hay quienes sostienen que esta causal refiere al orden público internacional de un Estado, mientras que otros refieren simplemente al ordenamiento público interno.⁴⁸
- g) Cuando se comprobara la falta de imparcialidad o de independencia del tribunal arbitral. Aun cuando no lo prevé en forma expresa, el artículo 34(2)(a)(ii) de la Ley Modelo CNUDMI permite la impugnación del laudo en la medida en que un tribunal arbitral que no es imparcial viola el derecho a ser oído. Del mismo modo, sostiene Born, un tribunal no imparcial contraviene el deber de estar constituido en concordancia con el acuerdo de las partes o la ley aplicable (artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo

⁴⁷ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 321.

⁴⁸ Ver análisis en *Travaux préparatoires* de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), en Reunión N° 318, Parte III, 11 de junio de 1985, p. 451. Ver, también, BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 334, «Chapter 16: Annulment of International Arbitral Awards».

CNUDMI), o incluso contraviene las normas de procesales de orden público (artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo CNUDMI).⁴⁹

- h) Fraude en el marco del proceso arbitral. Explica Born que la Ley Modelo CNUDMI no refiere expresamente al fraude en el proceso como una causal de anulación, pero la historia legislativa de la Ley sí lo hace. El concepto de fraude, explica el autor en cuestión, es invocado normalmente en casos de falso testimonio, evidencia fabricada, entre otros.⁵⁰
- i) El laudo arbitral contiene inconsistencias graves en los méritos. Se trata de una causal poco común, no prevista en la Ley Modelo CNUDMI, que implica que la corte estatal de anulación puede realizar una revisión de lo méritos del laudo arbitral. Este tipo de causales, que distan absolutamente de las previstas en la Ley Modelo CNUDMI o incluso en la CNY, buscan atacar el mérito de la decisión y no ya posibles errores procesales, de imparcialidad e independencia, o de violaciones al orden público. Señala Born que entre las jurisdicciones que admiten este tipo de revisión a los méritos por la corte de anulación, se encuentran Inglaterra, Irlanda, Singapur, Abu Dabi, Libia, Arabia Saudita, Argentina y Egipto.⁵¹ Bajo la doctrina del «manifest disregard of law» prevista en la Federal Arbitration Act, Estados Unidos también podría incluirse dentro de esta lista; no obstante, al decidir el caso *Hall Street Associates LLC v. Mattel, Inc.* en 2008,⁵² la Suprema Corte de Justicia sostuvo la incompatibilidad de esta causal de anulación con la Federal Arbitration Act, dando lugar a decisiones variadas

⁴⁹ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 335.

⁵⁰ Ver análisis en *Travaux préparatoires* de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), en Reunión N° 318, Parte III, 11 de junio de 1985, p. 451, párr. 61. Ver, también, BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 335.

⁵¹ Ver BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, p. 337.

⁵² Ver caso *Hall St. Assocs., LLC v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, sentencia de 25 de marzo de 2008, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos.

de cortes de menor jerarquía en cuanto a la posibilidad de revisar laudos para encontrar esa inobservancia manifiesta de la ley.⁵³ Recientemente, el Tribunal Constitucional español emitió una serie de sentencias en las que afirma que una corte estatal no puede ingresar en la revisión de la idoneidad, suficiencia o adecuación de los méritos del laudo arbitral.⁵⁴

4. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS

4.1. *Finalidad de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*

Debemos partir de la base de que la Convención busca favorecer en la mayor medida posible el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Ésa es su finalidad principal. En su artículo VII, la Convención regula a texto expreso el principio de favorabilidad, que permite al juez de ejecución «obviar» la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica doméstica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.⁵⁵

En consecuencia, la Convención construye cuatro pilares fundamentales tendientes a esa finalidad.⁵⁶

⁵³ Por posiciones contrarias a realizar una revisión en los méritos, ver, por ejemplo, *Citigroup Global Mkts, Inc. v. Bacon*, 562 F.3d 349, 355 (5th Cir. 2009), y *AIG Baker Sterling Heights, LLC v. Am. Multi-Cinema, Inc.*, 579 F.3d 1268, 1271 (11th Cir. 2009). Por posiciones a favor de la revisión en los méritos, ver, por ejemplo, *Biller v. Toyota Motor Corp.*, 668 F.3d 665 (9th Cir. 2012), *Goldman Sachs v. Official Unsecured Creditors' Comm'n of Bayou Group*, 491 F.App'x 201 (2d Cir. 2012) y *Wachovia Sec., LLC v. Brand*, 641 F.3d 472 (4th Cir. 2012).

⁵⁴ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional español del 15 de marzo de 2021 (Recurso de Amparo 2563-2019) y Sentencia del Tribunal Constitucional español del 15 de marzo de 2021 (Recurso de Amparo 976-2020). Ver, también, Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 del 15 de junio de 2020, y Sentencia del Tribunal Constitucional español 17/2021 del 15 de febrero de 2021.

⁵⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección I, «El ámbito de la convención».

⁵⁶ GÓMEZ JENE, Miguel. *Op. cit.*, p. 87.

En primer lugar, contiene un numero taxativo y reducido de causales que pueden invocarse para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

En segundo lugar, se impone la carga de la prueba a la parte demandada del proceso de reconocimiento y ejecución.⁵⁷

En tercer lugar, permite expresamente la posibilidad de reconocimiento y ejecución de un laudo que aún no está firme en el país de origen (sede).⁵⁸

En cuarto y último lugar, la Convención otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez estatal que entiende el proceso de reconocimiento y ejecución,⁵⁹ siempre a favor del *exequatur*. Concretamente, la Convención permite al juez de reconocimiento y ejecución (i) aplicar el régimen convencional más favorable al reconocimiento del laudo; o bien, (ii) interpretar la Convención a la luz de las disposiciones del derecho interno del país de ejecución que sean más favorables al reconocimiento del laudo. Algunos autores explican que este cuarto punto se deriva de la voluntad de los redactores de la Convención de que dejara de existir un «doble *exequatur*» (admitir el reconocimiento y ejecución del laudo, únicamente cuando se contaba con una previa declaración de ejecutividad del laudo, por parte del país de origen), que venía siendo im-

⁵⁷ Ver artículo V(1) de la CNY («Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada [...]», énfasis añadido).

⁵⁸ Ver artículo V(i)(e) de la CNY (establece que se «podrá» denegar el reconocimiento de un laudo extranjero cuando se compruebe «[q]ue la sentencia no es aún obligatoria para las partes»).

⁵⁹ Ver artículo VII(1) de la CNY («Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados 11 Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque»).

puesto por el Convenio de Ginebra para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927,⁶⁰ antecesor de la Convención de Nueva York.⁶¹

Sobre estos cuatro pilares fundamentales es que se asienta una regla clave que el lector debe tener muy presente: la Convención de Nueva York permite expresamente el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que fueron impugnados mediante recurso de anulación en la sede y cuya resolución aún está pendiente, e incluso de aquéllos que fueron suspendidos.⁶²

Luego, quedará por verse si la Convención da un paso más aún, permitiendo el reconocimiento de laudos finalmente anulados.

Se han desarrollado, sobre este último punto, visiones contrarias, y ambas parten de la base del propio texto de la Convención.

4.2. La rivalidad entre los artículos V(1)(e) y VII de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

Las consecuencias jurídicas que derivan de la anulación de un laudo arbitral no son necesariamente claras. Y, de hecho, existen disposiciones de la Convención de Nueva York que han llevado a distintas cortes domésticas a tomar posiciones diametralmente distintas en cuanto a la posibilidad de ejecutar o no el laudo que fue anulado. Así, se encuentra por un lado el artículo V(1)(e) y, por otro, el artículo VII.

⁶⁰ GÓMEZ JENE, Miguel. *Op. cit.*, p. 87.

⁶¹ Ver artículo VII(2) de la CNY.

⁶² Es importante distinguir entre la anulación, la suspensión y el hecho de que un laudo esté pendiente de nulidad en tanto los tres escenarios tienen consecuencias muy distintas. La suspensión supone, de forma cautelar, provisional, no definitiva, que se aplazan los efectos del laudo «hasta que se resuelva por quien corresponda sobre la anulación» y no es, por ende, equiparable a la anulación. Ver análisis en GÓMEZ JENE, Miguel. *Op. cit.*, pp. 93-94.

Estas dos disposiciones de la CNY han dado lugar al desarrollo de lo que algunos autores llaman como dos estándares de ejecución de laudos: el «estándar de ejecución de la CNY» (o «estándar internacional de ejecución») y el «estándar local de ejecución».⁶³

El artículo V(1)(e) de la Convención establece que un laudo arbitral extranjero «podrá» ser denegado de reconocimiento y ejecución, cuando «no es aún obligatori[o] para las partes o ha sido anulad[o] o suspendid[o] por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictad[o] [ese laudo]». Esta redacción ha conducido a dos posiciones: (i) quienes consideran que el propio artículo crea una presunción de que los laudos anulados no son ejecutables⁶⁴ (lo que se conoce como «el estándar de ejecución de la CNY»);⁶⁵ y, (ii) quienes se enfocan en el término «podrá», abriendo la posibilidad de que la corte de ejecución tenga discreción, aplicando su normativa doméstica, de ejecutar o no un laudo anulado en la sede y quitando así relevancia jurídica a la decisión de la corte de la sede. Esta segunda postura utiliza como respaldo, además, el artículo VII de la Convención y es referenciada como el «estándar local de ejecución».⁶⁶

El artículo VII(1) —referido por el profesor Jan Paulsson como el «estándar local de ejecución»—⁶⁷ dispone que

Las disposiciones de la [...] Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

⁶³ KOCH, Christopher. «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin». En *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 2, vol. 26, p. 268.

⁶⁴ *Idem*, p. 269.

⁶⁵ *Idem*, p. 268.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

Esta disposición ha permitido a una gran parte de la doctrina sostener que la vocación de internacionalidad y deslocalización del arbitraje y de los laudos internacionales es tal que la propia Convención permite a cada corte analizar los laudos internacionales desde la perspectiva doméstica más favorable a su ejecución, eliminando así el obstáculo que el artículo V supone —según esa postura— a la verdadera internacionalidad del arbitraje.⁶⁸

4.3. *Cortes a favor de la ejecución de laudos anulados*

Las cortes francesas, por ejemplo, han desarrollado una jurisprudencia constante a favor de reconocer y ejecutar laudos que fueron anulados en la sede.⁶⁹ Las cortes que deciden en esa línea no se enfocan en los motivos que dieron lugar a la anulación del laudo, sino que toman como base el artículo VII de la CNY, según el cual la corte de ejecución puede aplicar la norma doméstica e interpretación más favorable al *exequatur*.⁷⁰

Además, esas decisiones de *exequatur* toman la anulación del laudo como una simple decisión judicial adyacente al mismo y puesto que para la CNY la consideración primordial es el laudo en sí mismo como elemento ejecutable o no, esa línea jurisprudencial no toma en cuenta esa decisión de anulación que consideran como simplemente «adyacente».⁷¹

A continuación, se describen algunos de los casos decididos por distintas cortes a nivel mundial donde se siguió el enfoque francés al decidir ejecutar laudos anulados.

⁶⁸ PAULSSON, Jan. «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 14, 1998, n.º 1, vol. 9.

⁶⁹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 27.

⁷⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Op. cit.*, p. 335.

⁷¹ SCHERER, Maxi. «Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the Judgment Route the Wrong Road?». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4, p. 606.

4.3.1. *El caso Norsolor S. A. c. Pabalk Ticaret Sirketi S. A.*⁷²

[E]l juez francés no puede denegar la ejecución cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, con base en una causal que no forma parte de las enumeradas en [la legislación interna francesa], aun cuando esté prevista por el Artículo V 1 (e) de la Convención de 1958.⁷³

Ésta es la premisa básica utilizada por las cortes de ejecución francesas desde el caso Norsolor S. A. c. Pabalk Ticaret Sirketi S. A. (caso Norsolor).

El caso Norsolor,⁷⁴ de 1984, fue el primer caso donde una corte francesa tuvo que analizar un pedido de ejecución de un laudo internacional anulado. Y decidió afirmativamente.

En ese caso, un tribunal arbitral con sede en Austria dictó un laudo arbitral utilizando la *lex mercatoria* como ley aplicable al fondo de la disputa.⁷⁵ Al hacerlo, falló que Société Norsolor («Norsolor») había violado el deber de buena fe que debía a Société Pabalk Ticaret («Pabalk») según un contrato de representación comercial que habían firmado.⁷⁶

⁷² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Op. cit.*, nota a pie 95 («[t]his case determined that art VII of the Convention can be applied even in situations related to art V.1.e; nevertheless, there was not a final resolution of the issue in the case because the Vienna court of appeal reverted the decision of the lower court setting aside the awards»).

⁷³ Société Polish Ocean Line v. Société Jolasry. Corte de Casación, Sección Primera Civil (10 de marzo, 1993), disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

⁷⁴ Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Société Norsolor. Corte de Casación de París (9 de octubre, 1984), disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

⁷⁵ Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Norsolor S. A. Cámara de Comercio Internacional, ICC Case n.º 3131 (26 de octubre, 1983), en *Revue de l'Arbitrage*, 525 (1983), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, 122 (Kluwer Law International, 1994).

⁷⁶ Ver análisis en MORI BREGANTE, Pablo y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «Breves apuntes sobre la ejecución de laudos extranjeros anulados en la sede del arbitraje: “Dime dónde te ejecutan y te diré si vives”». En *Advocatus*, 2013, n.º 28, p. 81.

Sin embargo, al enfrentarse a un recurso de nulidad interpuesto por Norsolor, la Corte de Apelaciones de Viena anuló parcialmente el laudo: entendió que la aplicación de la *lex mercatoria* era una suerte de «fallo por equidad», herramienta que exedía las facultades del tribunal arbitral.⁷⁷

El 9 de octubre de 1984, a pesar de haber sido anulado en la sede, el laudo fue ejecutado por la Corte de Casación francesa sobre la base de que el artículo VII de la CNY impide a un juez estatal denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo en la medida en que su derecho interno sí permitiera considerar a ese laudo como válido. En otras palabras, la Corte se amparó en llamado «estándar local de ejecución», según el cual cada juez de reconocimiento y ejecución buscará aplicar su legislación doméstica más favorable al *exequatur* del laudo internacional.

Como subraya el autor Mantilla-Serrano, la Corte sostuvo que el tribunal de ejecución tiene la potestad de «investigar, incluso de oficio, si el derecho francés no permite a la parte que se ve beneficiada por el laudo, el derecho a prevalecerse del mismo».⁷⁸ Notoriamente, el artículo 1502 del Código de Proceso Civil francés no prevé a la anulación de un laudo en la sede como motivo para denegar el reconocimiento y ejecución de ese laudo en Francia.⁷⁹ En consecuencia, la Corte de Casación sostuvo que aun si fuera una causal prevista por el artículo v(1)(e) de la Convención, el juez de ejecución debe dar preponderancia

⁷⁷ Ver referencia en MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, nota a pie 11 (Corte de Apelación de Viena, Sentencia de 29 de enero, 1982. *Revue de l'Arbitrage*, 516 (1983), explicando, además, que dicha decisión fue revocada más adelante por la Corte Suprema de Austria en Sentencia de 18 de noviembre, 1982).

⁷⁸ Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Société Norsolor. Corte de Casación de París (9 de octubre, 1984), disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

⁷⁹ Los motivos previstos por el artículo 1502 del nuevo Código de Procedimientos Civiles francés son: la ausencia, invalidez o vencimiento de un acuerdo arbitral; la constitución impropia del tribunal arbitral; el incumplimiento por parte del árbitro de la misión que le ha sido encargada; la violación al principio del contradictorio; la violación del orden público internacional en caso de ejecución del laudo. Ver JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005, n.º 129, p. 2, nota a pie 9.

a su derecho interno y determinar si bajo su legislación doméstica existe o no esa causal.⁸⁰

4.3.2. *El caso Société Hilmarton Ltd. c. Société OTV*

El caso Société Hilmarton Ltd. c. Société OTV (caso Hilmarton),⁸¹ fue una disputa arbitral administrada por la CCI que surgió por el incumplimiento de la sociedad francesa Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV) de pagar los honorarios debidos a la sociedad inglesa Hilmarton Ltd. bajo un contrato de intermediación celebrado entre ambas empresas.

Hilmarton inició el proceso arbitral CCI con sede en Ginebra y el árbitro único dictó un laudo estableciendo que el contrato entre OTV y Hilmarton era nulo por ser contrario al orden público internacional y que, por ende, no correspondía el pago de honorarios a Hilmarton. Posteriormente, y a solicitud de Hilmarton, la Corte de Justicia de Cantón de Ginebra anuló el laudo. El 17 de abril de 1990, la Corte de Apelaciones de Suiza confirmó la sentencia de anulación del laudo.⁸²

Seguidamente, OTV se presentó en Francia a solicitar el *exequatur* del laudo anulado, a lo que Hilmarton se opuso bajo el argumento de que el artículo V(1)(e) de la CNY impide el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado. No obstante esta oposición, el Tribunal de Grande Instance de París consideró que bajo el artículo VII de la Convención debe estarse a la norma más permisiva de la ejecución; y que en tanto la normativa interna francesa (Código de Procedimiento Civil) no impide

⁸⁰ Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección A, «La situación en Francia».

⁸¹ Ver caso Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), Caso n.º 92-15.137, Corte de Casación de Francia, 23 de marzo de 1994, disponible en base de datos New York Convention Guide elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

⁸² ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El reconocimiento internacional de laudos anulados». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, vol. 4, pp. 60-76.

la ejecución de laudos anulados, ese laudo sí era ejecutable bajo el ordenamiento francés en aplicación de la CNY.

Al apelar la decisión, Hilmarton sostuvo que, en cualquier caso, aun aplicando el régimen interno francés, la ejecución de laudos anulados iría en contra del orden público de Francia y que ésa sí es una causal específica de denegación de reconocimiento y ejecución bajo el Código de Procedimiento Civil francés. Aún así, la Corte de Apelaciones de París confirmó el *exequatur* del laudo anulado, decisión que fue posteriormente ratificada por la Corte de Casación de Francia el 23 de marzo de 1994.

El profesor Eduardo Zuleta, al analizar este caso, llamó la atención a un extracto relevante de la decisión de la Corte de Casación, que demuestra que para la Corte francesa la «deslocalización» del arbitraje fue un elemento clave en su decisión:

[...] la decisión del inferior sostuvo correctamente que, mediante la aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958, OTV podía fundamentarse en la ley francesa de arbitraje internacional relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales proferidos en el exterior [...] el laudo proferido en Suiza es un laudo internacional que no está integrado en el sistema legal de dicho Estado, por lo que mantiene su existencia aunque sea anulado y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional.⁸³

La Corte francesa entendió que el laudo dictado en Suiza era un laudo internacional que no estaba «integrado» al sistema legal de ese Estado, por lo que su existencia se mantenía válida y era ejecutable en Francia en la medida en que no contraviniera su orden público.⁸⁴

Como bien indicó el profesor Zuleta, la Corte de Casación francesa «dio un paso más» en la medida en que no sólo utilizó el artículo VII de

⁸³ *Idem*, p. 65.

⁸⁴ GAILLARD, Emmanuel y George BERMANN. *The Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017, p. 319.

la CNY para fundar su decisión, sino que además tomó como premisa la «deslocalización» del arbitraje para explicar que un laudo anulado mantiene su validez internacional.⁸⁵

El desenlace práctico del caso Hilmarton, sin embargo, contribuye a las críticas de aquéllos que reniegan que la deslocalización del arbitraje permita la ejecución de laudos anulados. Y esto porque en el caso Hilmarton se terminaron ejecutando en Francia dos laudos completamente opuestos, puesto que al obtener la anulación del primer laudo arbitral en Ginebra, Hilmarton volvió a iniciar el proceso arbitral, obteniendo finalmente un laudo en su favor que reconocía los montos adeudados por OTV. Y ese segundo laudo fue ejecutado en Francia por la Corte de Apelaciones de Versalles. Aun cuando, en última instancia, la Corte de Casación francesa revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Versalles por considerar que la ejecución del primer laudo desfavorable a Hilmarton ya constituía *res judicata* sobre la disputa, dejó abierta la puerta a la posibilidad —desde la perspectiva de la Corte de Casación francesa— que sí se ejecuten laudos contradictorios en jurisdicciones distintas.⁸⁶

4.3.3. *El caso Chromalloy Aeroservices Inc. c. la República Árabe de Egipto*

En 1996, con el caso Chromalloy Aeroservices Inc. c. la República Árabe de Egipto (caso Chromalloy), las cortes estadounidenses tuvieron la oportunidad de analizar la cuestión de la ejecutabilidad de laudos anulados en la sede. Como surge de la decisión judicial de ejecución de este caso, en un inicio las cortes estadounidenses también asumieron una postura *pro exequatur* de laudos anulados, tal como lo hacen las cortes

⁸⁵ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁶ Ver análisis en MORI BREGANTE, Pablo y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. *Op. cit.*, p. 84.

francesas.⁸⁷ Unos pocos años más tarde, sin embargo, ya se vería el primer viraje de la jurisprudencia estadounidense en la dirección opuesta (no ejecutabilidad) con el caso *Baker Marine*.

El emblemático caso *Chromalloy* se trató de una disputa entre *Chromalloy Aeroservices, Inc.* (*Chromalloy*) y el Ministerio de Defensa de la República Árabe de Egipto (RAE). El 16 de junio de 1988, las partes habían celebrado un contrato según el cual *Chromalloy* realizaría el suministro de partes, mantenimiento y reparación de helicópteros de la Fuerza Aérea de Egipto.⁸⁸ Frente a la terminación unilateral del contrato por parte de la República Árabe de Egipto el 2 de diciembre de 1991, *Chromalloy* optó por ampararse en la cláusula arbitral del contrato e iniciarle un procedimiento contencioso arbitral con sede en Egipto. El 24 de agosto de 1994, el tribunal arbitral emitió su laudo condenando a la República Árabe de Egipto a pagar más de US\$ 18 millones, estableciendo que la terminación del contrato por parte de la RAE era improcedente.⁸⁹

El 28 de octubre de 1994, *Chromalloy* inició un proceso de reconocimiento y ejecución del laudo frente a la Corte de Distrito de Columbia de Estados Unidos que, como veremos, concluyó el 31 de julio de 1996.

El 13 de noviembre de 1994, la República Árabe de Egipto impugnó el laudo mediante una solicitud de anulación frente a la Corte de Apelaciones de Egipto.

⁸⁷ Ver Sentencia del 31 de julio de 1996 de la Corte de Distrito de Columbia, en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School), y en *JustiaUSLaw*.

⁸⁸ Ver Sentencia del 31 de julio de 1996 de la Corte de Distrito de Columbia, en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, en base de datos *JustiaUSLaw*. Ver análisis en MORI BREGANTE, Pablo y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. *Op. cit.*, p. 86.

⁸⁹ KOCH, Christopher. *Op. cit.*, p. 276.

El 1 de marzo de 1995, Egipto solicitó a la Corte de Distrito de Columbia la suspensión del proceso de ejecución, hasta tanto la Corte de Apelaciones de Egipto se pronunciara sobre la solicitud de anulación.

El 4 de abril de 1995, la Corte de Apelaciones de Egipto decidió suspender (no anular) el laudo, a lo que siguió, el 5 de mayo de 1995, una solicitud de Egipto frente a la Corte de Distrito de Columbia de desestimar completamente la solicitud de ejecución del laudo presentada por Chromalloy.

Finalmente, el 5 de diciembre de 1995, la Corte de Apelaciones de Egipto decidió anular el laudo arbitral por considerar que se cumplía el supuesto de la *lex arbitri* egipcia según la cual podía anularse un laudo cuando el tribunal arbitral no hubiera aplicado el derecho de fondo acordado por las partes.⁹⁰ En este caso en concreto, la Corte de Apelaciones del Cairo entendió que el derecho a aplicarse era el derecho administrativo egipcio y, en su lugar, los árbitros habían aplicado el derecho civil. Como bien puntualiza la experta Dyalá Jiménez Figueres, la Corte egipcia asumió potestades amplias de revisión no sólo (i) revisando la naturaleza del contrato —y categorizándolo como administrativo—; sino también, (ii) analizando la cuestión bajo el derecho administrativo, cuando ninguna de las partes lo había alegado en ese sentido durante el procedimiento arbitral.⁹¹

El 31 de julio de 1996, la Corte de Distrito de Columbia de Estados Unidos decidió ejecutar el laudo anulado. Como lo explica el profesor Zuleta, el tribunal estadounidense consideró que —a diferencia de lo establecido por el artículo V de la CNY bajo el cual una corte «puede», «discrecionalmente», ejecutar un laudo anulado—, el artículo VII de la CNY obliga a la corte de ejecución a analizar la cuestión del *exequatur*

⁹⁰ Ver Ley de Arbitraje de Egipto, artículo 53(1), ordinal (d)). Ver análisis en JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *Op. cit.*, p. 2.

⁹¹ Ver SAMPLINER, Gary H. «Enforcement of Foreign Arbitral Awards After their Annulment in their Country of Origin». En *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, n.º 9, vol. 11, pp. 22-30. Ver, también, JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. *Op. cit.*, p. 2.

bajo su propia legislación doméstica más favorable al mismo.⁹² Así, la Corte estadounidense analizó si las razones que motivaron la nulidad en Egipto hubieran sido suficientes para motivar la nulidad de un laudo en Estados Unidos y bajo la ley doméstica estadounidense (esto es, bajo la Federal Arbitration Act, capítulo 1, artículo 10). Entendiendo que bajo el derecho interno estadounidense no se configuraba ese escenario, decidió otorgar el *exequatur*.

En suma, los elementos centrales que se extraen de la decisión de la corte estadounidense en el caso Chromalloy —y que reflejan un razonamiento escalonado— fueron:⁹³

- a) El artículo VII de la CNY permite la ejecución de un laudo extranjero en aplicación de la norma interna «más favorable». En el caso de Estados Unidos, es la Federal Arbitration Act (FAA).
- b) En virtud del artículo VII de la CNY, la FAA tiene preponderancia sobre el artículo V(1)(e) de la CNY a efectos de determinar la ejecutabilidad del laudo.
- c) El artículo 10 de la FAA permite una revisión íntegra de la validez del laudo, demostrando que no existe una diferencia jerárquica entre jurisdicción primaria (de anulación) y jurisdicción secundaria (de ejecución) al momento de determinar si un laudo debe o no ser ejecutado.

⁹² GAILLARD, Emmanuel y George BERMAN. *Op. cit.*, p. 320.

⁹³ KOCH, Christopher. *Op. cit.*, p. 278.

4.3.4. *El caso Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*

«[E]l laudo internacional no se encuentra anclado a ningún sistema legal nacional y es una decisión de justicia internacional».⁹⁴ Ésta fue la premisa manejada por la Corte de Casación francesa que, amparándose en el artículo VII de la CNY, decidió dar lugar a la ejecución de un laudo anulado por la Corte Superior de Londres.⁹⁵

El caso Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding (caso Putrabali),⁹⁶ gira en torno al incumplimiento de la obligación de pago de mercadería por parte de Rena Holding (comprador) a Putrabali (vendedor). Putrabali, compañía indonesia, había vendido un cargamento de pimienta blanca a la empresa francesa Rena Holding, pero luego de que ese cargamento se perdiera en un naufragio, la compradora no efectuó el pago correspondiente. El contrato de compraventa de mercadería contenía una cláusula arbitral designando como aplicable el Reglamento de Arbitraje y Apelaciones de la International General Produce Association (IGPA), en virtud del cual

⁹⁴ Ver PT Putrabali Adyamulia v. S. A. Rena Holding, Corte de Casación de Francia, Sentencia 05-18053, 29 de junio de 2007 (disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School), confirmando la decisión de la Corte de Apelaciones de París, Francia, del 31 de marzo de 2005, en el caso PT Putrabali Adyamulia v. S. A. Rena Holding («[a]n international arbitral award, which is not anchored in any national legal order, is a decision of international justice whose validity must be ascertained with regard to the rules applicable in the country where its recognition and enforcement are sought. Under article VII [the interested party] [...] could invoke the French rules on international arbitration, which do not provide that the annulment of an award in the country of origin is a ground for refusing recognition and enforcement of an award rendered in a foreign country») («un laudo arbitral internacional, que no está anclado a ningún ordenamiento nacional, es una decisión de justicia internacional cuya validez debe ser analizada con relación a las leyes aplicables en el país donde se busca su reconocimiento y ejecución. Bajo el artículo VII [la parte interesada] [...] puede invocar las reglas de arbitraje internacional de Francia, que no prevén la anulación del laudo en la sede como causal para denegar su reconocimiento y ejecución en otra jurisdicción», traducción libre).

⁹⁵ Ver, también, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. «Nuevas tendencias en reconocimiento y ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje». En *Advocatus*, 2014, n.º 30, p. 263.

⁹⁶ Ver Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, Caso 05-18.053, Corte de Casación de Francia, 29 de junio de 2007, disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

—a solicitud de Putrabali— se constituyó un tribunal arbitral con sede en Londres que resolvió la disputa en favor de Rena Holding. Por un laudo del 10 de abril de 2001, el tribunal entendió que la negativa de Rena Holding a pagar estaba «bien fundada».⁹⁷

Sobre la base de un supuesto error en la aplicación del derecho por el tribunal, y amparándose en la 1996 Arbitration Act, Putrabali inició un proceso de nulidad del laudo frente a la Corte Superior de Londres. Considerando que la falta de pago de Rena Holding era un incumplimiento contractual, la Corte anuló parcialmente el laudo.

El 21 de agosto de 2003, el tribunal arbitral emitió un segundo laudo ordenando a Rena Holding a pagar el monto adeudado bajo el contrato.

No obstante lo anterior, Rena Holdings procedió a solicitar la ejecución del primer laudo (emitido el 10 de abril de 2001, anulado) en Francia. La Corte de Primera Instancia de París decidió a favor del reconocimiento y ejecución del laudo. El 31 de marzo de 2005, Putrabali impugnó esta decisión frente a la Corte de Apelaciones de París. La Corte rechazó la apelación, considerando que la decisión de anulación del tribunal de la sede no es vinculante para los tribunales de ejecución y que, de hecho, una ejecución en esas condiciones no sería contraria al orden público francés. Posteriormente, Putrabali interpuso un recurso de casación, que también fue desestimado.⁹⁸ Concretamente, la Corte de Casación francesa sostuvo que un laudo arbitral internacional, que no se encuentra sujeto a ningún ordenamiento jurídico nacional, es una decisión de justicia internacional cuya validez tiene que ser analizada con relación a las reglas aplicables en el país donde se busca su reconocimiento y ejecución.

⁹⁷ Ver análisis en MORI BREGANTE, Pablo y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. *Op. cit.*, p. 85.

⁹⁸ Ver *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Caso 05-18.053, Corte de Casación de Francia, 29 de junio de 2007.

Sostuvo que, en virtud del artículo VII de la CNY, Rena Holding podía perfectamente solicitar la ejecución de un laudo anulado en la medida en que las normas de arbitraje internacional francesas no consideraban la anulación de un laudo como una causal de denegación de reconocimiento y ejecución. Y la propia CNY, artículo VII, permitía la aplicación de la norma más favorable a la ejecución.

4.3.5. El caso Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. c. Pemex-Exploración y Producción

El caso Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. c. Pemex-Exploración y Producción (caso Commisa) es uno de los recientes casos donde una corte estadounidense volvió a permitir la ejecución de un laudo anulado.⁹⁹

En este caso, la Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral S. R. L c. (Commisa, subsidiaria de la empresa de construcción KBR) y Pemex-Exploración y Producción (PEP, subsidiaria de Pemex) suscribieron en el 26 de agosto de 1998 un contrato para que la primera construyera dos plataformas petroleras en el Golfo de México.¹⁰⁰ El contrato estaba sujeto a una cláusula arbitral CCI. Luego de que el 1 de diciembre de 2004 una disputa arbitral con sede en México surgiera entre las partes,¹⁰¹ el 19 de diciembre de 2009 Commisa obtuvo en su favor un laudo CCI de aproximadamente US\$ 300 millones.¹⁰²

⁹⁹ Ver caso Corporacion Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. c. Pemex-Exploracion y Produccion, Decisión 13-4022, 2 de agosto de 2016, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos.

¹⁰⁰ Ver caso Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción, Caso CCI 13716/CCO/JRF, *Petition to Confirm Foreign Arbitral Award*, 19 de marzo de 2008, disponible en base de datos Jus Mundi, Commisa v. Pemex.

¹⁰¹ Ver WÖSS, Herfried; FIGEROA, Dante y Jennifer CABRERA. «Caso ICC 13613/CCO/JRF». En *ICC México. Pauta. Medios alternativos de solución de controversias*, agosto de 2015, n.º 75, p. 8. Recuperado de <https://issuu.com/iccmexico1/docs/pauta_75-1>.

¹⁰² Ver «notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el capítulo 11 del TLCAN», de KRB Inc. en representación de Commisa, al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 31 de julio de 2013, párrs. 9-16.

El 11 de enero de 2010, Commisa solicitó el *exequatur* del laudo frente a la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York.¹⁰³ El 2 de noviembre de 2010, la Corte falló a favor de la ejecución del laudo. No obstante, decidió suspender el procedimiento de ejecución efectiva hasta tanto se resolviera la apelación interpuesta por PEP, sujeto a un depósito por PEP en una cuenta judicial, del total de lo establecido en el laudo.

El 24 de marzo de 2010, PEP inició un largo proceso para intentar anular el laudo CCI mediante dos recursos de anulación y varias impugnaciones: primero frente a un tribunal de Monterrey, México, que rechazó (el 30 de marzo de 2010) la acción por falta de jurisdicción; luego, el 7 de abril de 2010, interpuso un nuevo recurso de anulación frente al Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, que también rechazó la solicitud (el 25 de junio de 2010). Acto seguido, PEP interpuso un recurso de amparo frente al Juzgado Décimo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, que volvió a fallar en su contra (el 27 de octubre de 2010). Finalmente, contra ese fallo interpuso un recurso de apelación frente al Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito de México.

Finalmente, el 21 de septiembre de 2011, el Tribunal Colegiado decidió que el laudo debía ser anulado. La decisión de anulación la emitió el 25 de octubre de 2011, el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal.¹⁰⁴

¹⁰³ Ver sentencia del 27 de agosto de 2013 de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, en el caso *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción*, «Opinion and Order Granting Petitioners Motion to Confirm Arbitration Award and denying Respondents Motion to Dismiss Petition», p. 10.

¹⁰⁴ Ver «notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el capítulo 11 del TLCAN», de KRB Inc. en representación de Commisa, al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 31 de julio de 2013, párrs. 9-16.

Seguidamente, la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos decidió, a la luz de la anulación del laudo en la sede, revocar la sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, solicitando a esa misma Corte de Distrito que reconsiderara si la anulación del laudo por la Corte de México suponía una imposibilidad de ejecución del laudo para las cortes estadounidenses bajo la normativa aplicable (que era la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención de Panamá).

El 27 de agosto de 2013, la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, decidió ratificar su decisión inicial y fallar a favor del pedido de reconocimiento y ejecución del laudo realizado por Commisa, por el monto de US\$ 355 864 541,75, más impuesto al valor agregado e intereses.¹⁰⁵

En un razonamiento escalonado, la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York decidió ejecutar el laudo favorable a Commisa, anulado por las cortes mexicanas.¹⁰⁶

En primer lugar, la Corte de Distrito entendió que la corte de anulación de México había fundado su decisión en una norma que había entrado en vigencia *luego* de que las partes acudieran al arbitraje.¹⁰⁷ Se trataba de una aplicación *ex post facto*, retroactiva e injustificada de una ley y que sirvió como base para anular el laudo. En consecuencia, la sentencia de anulación violaba las nociones básicas de justicia de Estados Unidos, por lo que no obstaba a la ejecución del laudo.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Ver análisis en FINIZIO, Steven y Santiago BEJARANO. «Annulled Commisa v Pemex arbitration award enforced». En *LexisPSL Arbitration*, 10 de octubre de 2016, p. 1. Recuperado de <https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/documents/2016-10-10-lexispsl-annulled-commisa-v-pemex-arbitration-award.pdf>.

¹⁰⁶ Por una decisión de la misma Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York decidiendo en el sentido opuesto (denegación de reconocimiento y ejecución de laudo anulado), ver *Thai-Lao Lignite (Thailand) Ltd. & Hongsa Lignite (LAO PDR) v. Government of the Lao People's Democratic Republic* (S. D. N. Y., febrero 6, 2016).

¹⁰⁷ Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

En segundo lugar, la Corte de Distrito enfatizó en que le estaba permitido analizar la sentencia de anulación en su integridad, esto en virtud de la discrecionalidad que la propia norma aplicable otorgaba a la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. En efecto, la Corte de Distrito sostuvo que el lenguaje del artículo 5(1) de la Convención de Panamá (que, al igual que el artículo 5(1) CNY, establece que una corte «podrá» denegar el *exequatur* cuando se verifiquen determinadas causales) no puede ser interpretado de otra forma que otorgando discrecionalidad a la corte de ejecución.¹⁰⁹ Y en uso de esa discrecionalidad, y habiendo determinado que la corte de anulación mexicana incurrió en graves irregularidades, dio reconocimiento y ejecución al laudo anulado. En apelación de este fallo, el 2 de agosto de 2016 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York reafirmando la posibilidad de ejecutar laudos anulados.

4.3.6. *Otros casos con aproximaciones similares*

Son varios los casos donde las cortes estatales de ejecución decidieron otorgar el *exequatur* de laudos anulados en la sede.¹¹⁰ En los casos (i) Sonatrach c. Ford,¹¹¹ (ii) Radenska c. Kajo,¹¹² (iii) Bechtel c. Dirección

¹⁰⁹ Ver análisis en FINIZIO, Steven y Santiago BEJARANO. *Op. cit.*, p. 3.

¹¹⁰ Ver análisis de los casos en ZULETA JARAMILLO, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 60-76.

¹¹¹ Ver Sentencia del 6 de diciembre de 1988, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en caso «Société Nationale pour la Recherche, le Transport et la Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) c. Ford, Bacon and Davis Incorporated», reportado en *Yearbook Commercial Arbitration* XV (1990), pp. 370-377, analizado en ZULETA JARAMILLO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 68.

¹¹² Ver Sentencias del 20 de octubre de 1993, y 23 de febrero de 1998, de la Suprema Corte de Justicia de Austria, en caso Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH c. DO Zdravilisce Radenska, en *Yearbook Commercial Arbitration* XXIV (1999), p. 922, analizado en DOBIÁŠ, Petr. «The Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Set Aside in the Country of Origin». En BĚLOHLÁVEK, Alexander J. y Naděžda ROZEHNALOVÁ (editores). *Czech (C& Central European). Yearbook of Arbitration. Volume IX. 2019. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*. The Hague: LexLata, p. 14.

General de Aviación Civil del Emirato de Dubai;¹¹³ (iv) Sovereign Participations International S. A. c. Chadmore Developments Inc;¹¹⁴ (v) Yukos Capital SARL c. OJSC Rosneft Oil Company;¹¹⁵ (vi) Karaha Bodas Company LLC. c. Persusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara a.k.a. Pertamina (caso Pertamina);¹¹⁶ y, (vii) Castillo Bozo c. Castillo Bozo;¹¹⁷ por ejemplo, las cortes de ejecución hicieron lugar al

¹¹³ Se trató de un caso donde la Corte de Apelaciones de París sostuvo que las sentencias dictadas en un proceso de anulación de laudo arbitral no producen efectos internacionales en tanto no reflejan más que una simple facultad territorial del juez de la sede, y que el mismo principio aplica a las sentencias de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Ver caso Direction Generale d l'Aviation civile de l'Emirate de Dubai c. Société Internationale Bechtel, Corte de Apelaciones de París, Sentencia de 29 de septiembre de 2005, en *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, 2006, p. 695 y ss, analizado en MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección A, «La situación en Francia».

¹¹⁴ Ver Sentencia del 28 de enero de 1999 de la Corte de Apelaciones de Luxemburgo en el caso Sovereign Participations International S. A. c. Chadmore Developments Inc., en CREMADES, Bernardo y Ángel TEJADA. «El reconocimiento del laudo anulado: una retrospectiva». En *Cremades Abogados*, 17 de octubre 2019, p. 10. Recuperado de <<https://www.cremades.com/es/publicaciones/el-reconocimiento-del-laudo-anulado-una-retrospectiva/>>. Ver, también, CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 434.

¹¹⁵ Ver Sentencia del 28 de abril de 2009, Corte de Apelaciones de Ámsterdam, Caso 200.005.269/01 Yukos Capital SARL c. OJSC Rosneft Oil Company, analizado en GARCÍA CUETO, José Ignacio; SORIANO LLOBERA, Juan y Jaume ROIG HERNANDO. *Op. cit.*, p. 102. Como explica Mantilla-Serrano, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam puntualizó dos conclusiones: (a) que la CNY no refiere en ningún momento al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, sino de laudos arbitrales. Esto quita relevancia, bajo la CNY, a una sentencia judicial de anulación; (b) ningún elemento de la CNY exige a los jueces de ejecución observar las sentencias judiciales de anulación. Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección C, «Perspectiva en otros países».

¹¹⁶ Ver Sentencia del 26 de abril de 2002 de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Texas, división Houston, posteriormente confirmada por Sentencia del 23 de marzo de 2004 de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, en el caso Karaha Bodas Company, KBC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al., Pertamina, disponibles, respectivamente, en *Yearbook Commercial Arbitration* XXVIII (2003), p. 908, en *Yearbook Commercial Arbitration* XXIX (2004), p. 1262, y en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School; y analizadas en GARCÍA CUETO, José Ignacio; SORIANO LLOBERA, Juan y Jaume ROIG HERNANDO. *Op. cit.*, p. 106, donde se explica muy claramente que aun cuando el laudo fue anulado en Indonesia, su *exequatur* fue otorgado por la Corte de Apelaciones del Quinto Distrito fundada en las siguientes razones: (i) que el artículo v(1)(e) de la CNY le otorgaba una amplia discrecionalidad; y (ii) que la CNY parece aceptar el *forum shopping*. Ver, también, análisis en DOBIÁ, Petr. *Op. cit.*, p. 11.

¹¹⁷ Ver Sentencia del 23 de mayo de 2013, de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, en el caso Juan José Castillo Bozo c. Leopoldo Castillo Bozo y Gabriel

exequatur de laudos anulados en la sede. Si bien en algunos casos el razonamiento subyacente tuvo variaciones, el resultado siempre fue el mismo: dar primacía al análisis de su propio derecho interno y no a la decisión «accesoria» de un tribunal de anulación de la sede; en la medida en que el derecho interno de las cortes de ejecución permitiera —o no prohibiera directamente— la ejecución de laudos anulados, el *exequatur* fue otorgado.

4.4. Cortes en contra de la ejecución de laudos anulados

La CNY gobierna la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la enorme mayoría de las jurisdicciones. Una porción considerable de la doctrina entiende que bajo la CNY un laudo que fue objeto de anulación queda constreñido al principio de *ex nihilo nil fit*: «de la nada, nada proviene».¹¹⁸ Las cortes estadounidenses parecen haber encontrado un punto medio entre la interpretación permisiva del artículo V de la CNY y la aplicación restrictiva de que una anulación determina la imposibilidad de ejecución posterior. En este sentido, en principio respetan la autoridad de las cortes de anulación,¹¹⁹ a menos que la decisión de anulación afecte los principios más fundamentales de justicia de las cortes de ejecución (por ejemplo, la anulación se obtuvo mediante corrupción).¹²⁰

Castillo Bozo, en GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 21. Es importante señalar que aun cuando la corte estadounidense refirió el artículo V(1)(e) por analogía a la disposición relevante de la Convención de Panamá, la ejecución del laudo anulado tuvo como fundamento que la corte que anuló el laudo en Caracas, Venezuela, no tenía competencia para hacerlo.

¹¹⁸ Ver FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Op. cit.*, p. 335.

¹¹⁹ Ver Sentencia del 22 de marzo de 1995, Corte de Distrito de Columbia, en el caso Creighton Limited c. El Estado de Catar (Ministerio de Obras Públicas), en *Yearbook Commercial Arbitration* XXI (1996), donde la corte de Estados Unidos se negó a ejecutar un laudo bajo la CNY, artículo V(1)(e), considerando que existía un proceso de anulación en París (sede del arbitraje). Ver análisis en BADAH, Saad. «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Kuwait». En *Brunel University London*, agosto de 2016, p. 171.

¹²⁰ Ver Sentencia del 17 de marzo de 2006 de la Corte Federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos, y Sentencia del 25 de mayo de 2007 de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos, en el caso TermoRio S. A. E. S. P. c. Electranta S. P., analizado en DOBIÁŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 12. Ver, también, Sentencia del 20 de julio de 2017, de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en el caso Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Government of the Lao People's Democratic Republic (caso Thai), analizada en DOBIÁŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 14.

A continuación, se detallan algunos de los casos decididos por distintas cortes a nivel mundial, donde se negó la ejecución de laudos anulados en la sede.

4.4.1. El caso *Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.*

Luego del caso Chromalloy,¹²¹ el caso Baker Marine c. Chevron Ltd. fue la segunda oportunidad que tuvieron los tribunales estadounidenses, con una diferencia de tres años, de volver a pronunciarse sobre la posibilidad de ejecutar laudos que fueron anulados en la sede.¹²²

Frente al incumplimiento de un contrato de servicios de transporte fluvial, Baker Marine inició un procedimiento arbitral CNUDMI con sede en Nigeria, contra la empresa Chevron Ltd. y otro contra la empresa Curole Marine Contractors Inc. Una vez que obtuvo dos laudos favorables, Baker Marine procedió a la etapa de reconocimiento y ejecución. En primera instancia intentó obtener el *exequatur* de ambos laudos en Nigeria. Sin embargo, no sólo le fue denegado el reconocimiento y ejecución, sino que, además, el Alto Tribunal Federal de Nigeria decidió anular los laudos por (i) haber fallado el tribunal arbitral *ultra petita*; (ii) incorrecta admisión de pruebas; (iii) contener una incorrecta asignación de daños punitivos; y, (iv) por existir incongruencias entre ambos laudos.

Seguidamente, y a pesar de la anulación de los laudos, Baker Marine solicitó el reconocimiento y ejecución frente a la Corte del Distrito de Nueva York. El 12 de agosto de 1999, la Corte negó el *exequatur* sobre la base de que la ejecución de laudos anulados es contraria a la Convención de Nueva York. Lo que es más, cuando Baker Marine apeló la

¹²¹ Ver Sentencia del 31 de julio de 1996 de la Corte de Distrito de Columbia, en el caso Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt, disponible en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School).

¹²² Ver Sentencia del 12 de agosto de 1999, Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en el caso Baker Marine Ltd. v. Chevron Ltd. Et al., en *Yearbook Commercial Arbitration* XXIV (1999), p. 909, analizado en DOBIÁŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 10. Ver, también, análisis en ZULETA JARAMILLO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 71.

decisión frente a la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito utilizando como base el precedente del caso *Chromalloy* (donde la Corte entendió que el artículo VII de la CNY permite aplicar la ley doméstica más favorable a la ejecución), la Corte de Apelaciones rechazó por completo el recurso. Sostuvo que en la medida en que las partes habían elegido la ley nigeriana como aplicable a su disputa y que ninguna mención habían hecho en los contratos a la Ley arbitral estadounidense, no era procedente aplicar el artículo VII de la CNY y, por ende, no podía realizar análisis alguno bajo la Ley de Estados Unidos, como sí lo había realizado previamente la Corte del caso *Chromalloy*.¹²³

Aún así, hay dos precisiones que deben hacerse.

Primero, la Corte de Apelaciones sostuvo que el artículo VII de la Convención no tenía sentido de aplicación porque las partes no habían acordado aplicar la ley estadounidense. *A contrario sensu*, esto supone que, de existir tal acuerdo, el artículo VII hubiera permitido que por vía de la Federal Arbitration Act sí se reconocieran laudos anulados.

Segundo, la Corte indicó que el artículo V(1) hubiera permitido —discrecionalmente— la ejecución del laudo anulado si Baker Marine hubiese logrado presentar una razón adecuada para que se negara la validez de la decisión de anulación emitida en Nigeria.

4.4.2. El caso *Termorio S. A. E. S. P. c. Electranata S. P.*

El caso *Termorio S. A. E. S. P. c. Electranata S. P.* (caso *Termorio*) fue decidido por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, apartándose significativamente de los lineamientos del caso *Chromalloy*.¹²⁴

¹²³ MUÑOZ DE TORO ALIMONDA, Amanda. *La ejecución de laudos arbitrales anulados*. Tesis de graduación en Abogacía. Buenos Aires: Departamento Académico de Derecho, Universidad de San Andrés, 2012, pp. 52-53.

¹²⁴ Ver Sentencia del 17 de marzo de 2006 de la Corte Federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos, en el caso *Termorio S. A. E. S. P. c. Electranata S. P.*, analizado en DOBIÁŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 12.

Se trató de una disputa nacida en Colombia entre Termorio y Electranata por el incumplimiento de un contrato de compraventa de energía. La primera era una empresa generadora de energía, mientras que la segunda —presunta incumplidora del contrato— era una entidad pública que se configuraba como la compradora. Con base en la cláusula arbitral que contenía el contrato, Termorio inició un proceso arbitral CCI con el que obtuvo un laudo en su favor. Sin embargo, Electranata obtuvo la nulidad del laudo por el Consejo de Estado de Colombia con base en que el pacto arbitral era nulo porque, en la fecha de su firma, la ley de Colombia impedía arbitrajes institucionales.¹²⁵

Termorio intentó en dos instancias la ejecución del laudo en Estados Unidos.

En primera instancia, al denegar la ejecución la Corte de Distrito de Columbia sostuvo que la ejecución de un laudo arbitral anulado procedía exclusivamente cuando la decisión de anulación por la corte estatal fuera violatoria del orden público estadounidense, que no era el caso.

En segunda instancia,¹²⁶ la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia fue un paso más lejos: no sólo denegó la ejecución sobre la base de que se debe priorizar la localización del arbitraje y, por ende, la decisión final de la corte de la sede del arbitraje, sino que, además, estableció un test para determinar cuándo debe respetarse esa decisión de anulación de la corte de la sede. En concreto, como explica Mantilla-Serrano,¹²⁷ la Corte de Apelaciones indicó que en la medida en que se verifique que (i) el juez que anuló el laudo sea competente; (ii) que en el proceso de anulación no se haya violado el debido proceso; y (iii) que la sentencia de anulación aportada sea auténtica (que no sea un documento

¹²⁵ Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección B, «La situación en Estados Unidos».

¹²⁶ Ver Sentencia del 25 de mayo de 2007 de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos, en el caso TermoRio S. A. E. S. P. c. Electranta S. P., analizado en DOBIÁŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 12.

¹²⁷ Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección B, «La situación en Estados Unidos».

falso); la corte de ejecución debe respetar la decisión de nulidad de la sede.

4.4.3. *El caso Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*

En el caso *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*,¹²⁸ la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York se apartó del razonamiento seguido en el caso *Chromalloy*. El laudo arbitral que decidió la disputa entre el ciudadano estadounidense Martin Spier y la compañía italiana Calzaturificio Tecnica SpA («Tecnica»), fue anulado por las cortes italianas (por haber, el tribunal arbitral, excedido sus poderes).¹²⁹ Al intentarse la ejecución del laudo por Spier en Estados Unidos, la Corte de Distrito de Nueva York rechazó la solicitud entendiendo que: (a) la discrecionalidad de ejecución que le otorga el término «podrá» del artículo V de la CNY debe necesariamente estar acompañada de razones convincentes por las que se debe dejar de lado el fallo de anulación, y Spier no lo hizo; y, (b) cuando una parte solicita la ejecución de un laudo arbitral extranjero en Estados Unidos no puede solicitar la aplicación de la ley doméstica estadounidense (más favorable) bajo el artículo VII(2) de la Convención de Nueva York a no ser que existan elementos que permitan determinar que las partes sí querían aplicar dicha legislación. Y en este caso, de la misma forma que sucedió en el caso *Baker Marine*, Spier no logró demostrar la existencia de un consentimiento en ese sentido. De hecho, las partes disputantes habían acordado aplicar la normativa de otro país (y los tratados internacionales que resultaban aplicables no hacían mención alguna a la legislación estadounidense). No había ningún elemento del consentimiento de las partes que

¹²⁸ Ver Sentencias del 22 de octubre y 29 de noviembre de 1999, de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, en el caso *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*, en *Yearbook Commercial Arbitration* XXV (2000), p. 1042, analizado en DOBIAŠ, Petr. *Op. cit.*, p. 11.

¹²⁹ Ver Sentencias del 22 de octubre y 29 de noviembre de 1999, de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, en el caso *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*, en base de datos *New York Convention Guide* elaborada por Uncitral / Shearman & Sterling LLP / Columbia Law School.

le permitiera a la Corte de ejecución aplicar la legislación doméstica estadounidense (favorable a la ejecución de un laudo suspendido).

4.4.4. *Thai-Lao Lignite (Thailandia) Co. c. República Democrática Popular Lao*

Cuando el Gobierno de Lao terminó los contratos por los que se otorgaba a la empresa Thai-Lao Lignite los derechos para explotar minería en ciertas áreas del país, la empresa inició en 2007 un proceso arbitral bajo el Reglamento CNUDMI y con sede en Malasia. Dos años después, el tribunal arbitral condenó a la República de Lao a pagar un aproximado de US\$ 57 millones.¹³⁰

El 3 de agosto de 2011, la empresa Thai-Lao obtuvo la ejecución del laudo en Estados Unidos por parte de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York (así también lo consiguió en Inglaterra en noviembre de 2012). La Corte de Segundo Distrito confirmó en 2012 el fallo del 3 de agosto de 2011.

El laudo fue, sin embargo, anulado por la Corte Superior de Malasia en diciembre de 2012.¹³¹ Seguidamente, la República de Laos solicitó a la Corte de Distrito Sur de Nueva York que revoque su decisión anterior de ejecución sobre la base del artículo 60(b)(5) del Federal Rule of Civil Procedure de Estados Unidos, que especifica que una parte interesada puede solicitar a una corte que la exonere de una sentencia cuando esa decisión fue revocada o anulada. Consecuentemente, en febrero de 2014, la Corte revocó su decisión inicial de *exequatur* de 2011 sobre la base del artículo v(I)(e) de la Convención de Nueva York. La Corte indicó que la Convención le exigía el reconocimiento de la decisión de

¹³⁰ Ver Sentencia del 20 de julio de 2017, de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en el caso *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Government of the Lao People's Democratic Republic* (caso Thai).

¹³¹ Ver Sentencia del 20 de julio de 2017, de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en el caso *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Government of the Lao People's Democratic Republic* (caso Thai), p. 4.

anulación de la jurisdicción primaria (lo que ya había sido elaborado en el caso *Commisa* bajo el concepto de *comity*), salvo que se probara que esa decisión contravendría los estándares básicos de justicia de Estados Unidos. Al no encontrar elementos que supusieran tal ofensa a su sistema legal interno, decidió respetar la decisión de anulación de la jurisdicción primaria y revocar su propia sentencia de 2011. El 20 de julio de 2017, la decisión de revocación fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos.¹³²

4.5. *Evolución cronológica de los casos*

A efectos de facilitar al lector la comprensión de cómo la jurisprudencia comparada ha ido desarrollándose cronológicamente a favor o en contra del reconocimiento de laudos anulados, sintetizamos en la siguiente tabla las decisiones más recientes disponibles sobre cada uno de los casos analizados *supra*.

Caso	Fecha	Ejecución de laudo anulado		País
		Sí	No	
Norsolor	09/10/1984	Sí		Francia
Sonatrach	06/12/1988	Sí		Bélgica
Hilmarton	23/03/1994	Sí		Francia
Chromalloy	31/07/1996	Sí		EE. UU.
Radenska	23/02/1998	Sí		Austria
Sovereign	28/01/1999	Sí		Luxemburgo
Baker Marine	12/08/1999		No	EE. UU.
Martin Spier	29/11/1999		No	EE. UU.
Pertamina	23/03/2004	Sí		EE. UU.
Bechtel	29/09/2005	Sí		Francia
Termorio	17/03/2006		No	EE. UU.

¹³² Ver Sentencia del 20 de julio de 2017, de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en el caso *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Government of the Lao People's Democratic Republic* (caso Thai), p. 2.

Putrabali	29/06/2007	Sí		Francia
Yukos	28/04/2009	Sí		Países Bajos
Castillo Bozo	23/05/2013	Sí		EE. UU.
Commisa	27/08/2013	Sí		EE. UU.
Thai	20/07/2017		No	EE. UU.

5. CRÍTICAS DOCTRINARIAS A LAS DISTINTAS APROXIMACIONES

5.1. *Críticas a la posición moderna*

Hay autores que aun reconociendo que la aproximación francesa de anular laudos anulados desde la perspectiva puramente local es conteste con el *texto* de la Convención de Nueva York, sostienen que es una conducta judicial que no va en línea con el *espíritu* de la Convención.¹³³ En ese sentido, es importante notar que la historia legislativa de la Convención demuestra una intención inicial de los redactores de reconocer el carácter deslocalizado del arbitraje, que finalmente no se plasmó.¹³⁴ En consecuencia, podría entenderse que desestimar la jerarquía que la Convención dio a la jurisdicción primaria del arbitraje supone no considerar el espíritu con que la Convención fue creada. Además, afirman los opositores al reconocimiento de laudos anulados, esta práctica moderna puede derivar en una disrupción de la armonización de estándares de ejecución buscada por la propia Convención. De persistir, esta práctica podría llevar a que cada uno de los más de 168 países que a la fecha ratificaron la CNY, tenga su propio estándar doméstico de ejecución que prevalezca por sobre la armonía internacional a la que, en esencia, apunta la Convención.¹³⁵ Todo lo anterior, afirman, iría en contra de la autonomía de la voluntad de las partes; ello por cuanto, el consentimiento de las partes al elegir una sede busca asegurar los estándares bajo los cuales un laudo se considerará válido o nulo, mientras que la aplicación de un

¹³³ Ver KOCH, Christopher. *Op. cit.*, pp. 287, 289.

¹³⁴ Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, sección «Introducción».

¹³⁵ Ver KOCH, Christopher. *Op. cit.*, p. 287.

«estándar de ejecución local» (deslocalización) haría completamente imprevisible cuándo ese estándar acordado se respetará o no por las cortes de ejecución.¹³⁶

5.2. *Críticas a la posición tradicional*

El espíritu de la Convención de Nueva York es el de permitir la continuidad internacional del arbitraje, la armonía y, por sobre todo, la ejecución de laudos internacionales.

Los defensores de la deslocalización y la ejecución de laudos anulados afirman que la suerte de los laudos arbitrales internacionales no puede abandonarse a la simple voluntad de cortes que deciden sobre su nulidad desde una perspectiva puramente local. Ése no es el espíritu de la Convención. Y es por eso que sus redactores se encargaron expresamente de incorporar la discrecionalidad prevista en el artículo V(1)(e) («podrá») y de crear la regla de la aplicabilidad de la norma interna más favorable al *exequatur* (artículo VII). Lo que, en teoría, demostrarían estas reglas de la Convención es que la anulación de un laudo genera una simple «presunción» de invalidez, presunción que deberá ser derrocada posteriormente por la parte que busca la ejecución de ese laudo, tal como lo permiten las reglas antes mencionadas.

En línea con lo ya postulado por el profesor Paulsson,¹³⁷ y desde una perspectiva de defensa de la teoría de la deslocalización y ejecución de laudos anulados, el balance que debe buscarse debe centrarse en las categorías de presunciones de la validez o invalidez de un laudo anulado. De este modo, debe analizarse bajo qué estándar se procedió a anular un laudo. Si el estándar fue de los internacionalmente acordados y previstos por la Ley Modelo CNUDMI en materia de anulación y por la

¹³⁶ Ver Jean-Francois Poudret y Sébastien Besson, «Comparative Law of International Arbitration», 2007, párrafo 854, en KOCH, Christopher. *Op. cit.*, p. 288.

¹³⁷ Ver PAULSSON, Jan. «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)», p. 25.

CNY en materia de denegación de reconocimiento y ejecución, ese laudo estará sumergido en una presunción de *invalidéz*, imponiendo la carga de derrocar esa presunción a la parte que busca el *exequatur*. Si, por el contrario, la anulación se basó en un estándar doméstico de la sede, la presunción del laudo será de *validez*, siendo carga de la parte que se opone a la ejecución, demostrar lo contrario.

6. CONCLUSIÓN

Las consecuencias de la anulación de un laudo en la sede, hemos visto, no son claras ni existe consenso al respecto.

Hay quienes consideran una anulación como una decisión de justicia internacional de las jurisdicciones primarias (sede) que debe ser respetada por las jurisdicciones secundarias (de ejecución) y, en consecuencia, rechazan la idea de «revivir» un laudo anulado. En estas jurisdicciones, la existencia de la sede tiene una influencia muy directa sobre el procedimiento arbitral y los jueces locales se encargan de confirmarlo.

Para otros, el arbitraje tiene una esencia puramente deslocalizada que permite observar a los laudos como decisiones desarraigadas de todo condicionamiento judicial local. Éstas últimas son jurisdicciones donde muchas veces el sistema normativo contribuye a consolidar teorías de la deslocalización (por tener la sede menor relevancia jurídica). Es el caso, por ejemplo, de aquellas jurisdicciones donde la legislación permite la renuncia al recurso de nulidad de laudos y, por ende, las partes pueden quitar al juez de la sede su poder fundamental de revisión de laudos en ocasión del recurso de nulidad).

Es evidente que la influencia jurídica que pueda tener la sede sobre el arbitraje es uno de los principales factores que determinan la adopción de la teoría de la deslocalización o de la territorialidad. Pero no es el único.

En los casos donde aplica, la interpretación que hacen las cortes locales sobre el texto e historia legislativa de la Convención de Nueva York ha demostrado ser el punto de inflexión. El análisis jurisprudencial revela que bajo la CNY existen vías alternativas que los jueces han encontrado para ejecutar laudos anulados. Como se vio, hay quienes optan por enfatizar en la discrecionalidad otorgada por el artículo V de la CNY («podrá»), mientras que otros hacen uso de la herramienta de «la legislación más favorable al *exequatium*» prevista por el artículo VII, matizando así la importancia de la jurisdicción de anulación y jerarquizando, a su vez, la importancia de la ley doméstica de la jurisdicción de ejecución.

En cualquiera de los casos, la tendencia es clara: la comunidad internacional tiende a buscar la continuidad del arbitraje y de los laudos, rechazando cada vez más que las particularidades domésticas de una jurisdicción en concreto trunquen la efectividad del proceso arbitral. La revisión de las sentencias de anulación bajo un paradigma de nociones de justicia ya es moneda —casi— corriente. Y de lo anterior se deriva una consecuencia muy positiva: la anulación de laudos, si pretende ser efectiva y perpetua, debe realizarse sobre consideraciones cada vez más alejadas de lo simplemente «local».

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADAH, Saad. «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Kuwait». En *Brunel University London*, agosto de 2016.

BAZÁN SANTILLÁN, Kiara y Eduardo IÑIGUEZ ORTIZ. «La noche de los laudos vivos: el caso Esso (o, sobre cuándo un laudo anulado puede ser ejecutado)». En *Enfoque Derecho*, 5 de octubre de 2020. Recuperado de <<https://www.enfoquederecho.com/2020/10/05/la-noche-de-los-laudos-vivos-el-caso-esso-o-sobre-cuando-un-laudo-anulado-puede-ser-ejecutado/>>.

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. «Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth». En *ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage*, 2013, n.º 2, vol. 31.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sexta edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2015.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Cases and Materials*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

BRAZIL-DAVID, Renata. «Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, 2011, n.º 5, vol. 28.

CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. «Nuevas tendencias en reconocimiento y ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje». En *Advocatus*, 2014, n.º 30.

CNUDMI. *Jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CNUDMI*, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4, 30 de agosto de 1994.

CNUDMI. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

CREMADES, Bernardo y Ángel TEJADA. «El reconocimiento del laudo anulado: una retrospectiva». En *Cremades Abogados*, 17 de octubre 2019, p. 10. Recuperado de <https://www.cremades.com/es/publicaciones/el-reconocimiento-del-laudo-anulado-una-retrospectiva/>.

DIKE, Obinna. «Delocalisation of Ad Hoc Arbitral Proceedings: To What Extent Can the Jurisdiction of the Court of the Seat of Arbitration be Excluded?». En *Auxano Law Journal*, 2020, n.º 3, vol. 1.

DINCHI JAMES, Louisa y Tayo T. BELLO. *Delocalization of Arbitration: Dynamic Change in International Commercial Arbitration*, (4 de noviembre de 2020). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3724941>.

DOBIÁŠ, Petr. «The Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Set Aside in the Country of Origin». En BĚLOHLÁVEK, Alexander J. y Naděžda ROZEHNALOVÁ (editores). *Czech (C& Central European). Yearbook of Arbitration. Volume IX. 2019. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*. The Hague: LexLata.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. «The curious case of an arbitration with two annulment courts: comments on the YPF saga». En *Arbitration International*, 2017, n.º 2, vol. 33.

FINIZIO, Steven y Santiago BEJARANO. «Annulled Commisa v Pemex arbitration award enforced». En *LexisPSL Arbitration*, 10 de octubre de 2016, p. 1. Recuperado de

<https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/documents/2016-10-10-lexispsl-annulled-commisa-v-pemex-arbitration-award.pdf>.

GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1/16-45, vol. 14.

GAILLARD, Emmanuel y George BERMANN. *The Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Leiden: Brill Nijhoff, 2017.

GARCÍA CUETO, José Ignacio; SORIANO LLOBERA, Juan y Jaume ROIG HERNANDO. «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, n.º 1, vol. 8.

GÓMEZ JENE, Miguel. «Exequátur del laudo suspendido en el Estado de origen». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, n.º 1, vol. 3.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Enforcement of Annulled Awards: towards a better analytical approach». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32.

GOODE, Roy. «The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration». En *Arbitration International*, 2001, n.º 1, vol. 17.

IBA ARBITRATION COMMITTEE. *Annulment of arbitral awards by state court: review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*, octubre de 2018. Recuperado de <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=b4b532bb-90e1-40ab-ab3d-f730c19984fb>>.

JANIĆIJEVIĆ, Dejan. «Delocalization in International Commercial Arbitration». En *Law and Politics*, 2005, n.º 1, vol. 3.

JIJÓN ANDRADE, Alegría y Adriana ORELLANA UBIDIA. «Una propuesta para una diferencia irreconciliable: la ejecución de laudos anulados y el principio de cortesía internacional». En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2019, n.º 10.

JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005, n.º 129.

KOCH, Christopher. «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin». En *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 2, vol. 26.

LEW, Julian. «Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2008, n.º 2, vol. 23.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». En *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, vol. 15.

MORENO PALAO, Guillermo. «El lugar del arbitraje y la ‘deslocalización’ del arbitraje comercial internacional». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), enero-abril de 2011, n.º 130, año XLIV.

MORI BREGANTE, Pablo y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «Breves apuntes sobre la ejecución de laudos extranjeros anulados en la sede del arbitraje: “Dime dónde te ejecutan y te diré si vives”». En *Advocatus*, 2013, n.º 28.

MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MUÑOZ DE TORO ALIMONDA, Amanda. *La ejecución de laudos arbitrales anulados*. Tesis de graduación en Abogacía. Buenos Aires: Departamento Académico de Derecho, Universidad de San Andrés, 2012.

PAULSSON, Jan. «Delocalization of International Commercial Arbitration: when and why it matters». En *The International and Comparative Law Quarterly*, enero de 1983, n.º 1, vol. 32.

PAULSSON, Jan. «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin 14*, 1998, n.º 1, vol. 9.

RIVAS CASO, Gino. «And What Now? Las consecuencias de la anulación del laudo». En *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, 2020, n.º 39.

RUIZ RISUEÑO, Francisco. «Arbitraje y función jurisdiccional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2019, n.º 1, vol. 12.

SAGHIR, Zaherah y Chrispas NYOMBI. «Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application». En *International Company and Commercial Law Review*, 2016, n.º 8, vol. 27.

SAMPLINER, Gary H. «Enforcement of Foreign Arbitral Awards After their Annulment in their Country of Origin». En *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, n.º 9, vol. 11.

SCHERER, Maxi. «Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the Judgment Route' the Wrong Road?». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4.

THADIKKARAN, Manu. «Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?». En *Journal of International Arbitration*, n.º 5, vol. 31.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «Enforcement of Annulled Awards». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 2, vol. 9

WÖSS, Herfried; FIGEROA, Dante y Jennifer CABRERA. «Caso ICC 13613/CCO/JRF». En *ICC México. Pauta. Medios alternativos de solución de controversias*, agosto de 2015, n.º 75. Recuperado de <https://issuu.com/iccmexico1/docs/pauta_75-1>.

ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El reconocimiento internacional de laudos anulados». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, vol. 4.

**LA SEDE CAUTIVA: EL SESGO LOCAL Y EL ABUSO
DE SOBERANÍA COMO FACTORES DETERMINANTES
EN LA DECISIÓN DE EJECUTAR UN LAUDO ANULADO
(UN ANÁLISIS A PARTIR DE RESOLUCIONES
DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES)**

Santiago Escobar Magaña *
Roberto Cuchí Olabuenaga ** ***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Ejecución de laudos extranjeros anulados: el panorama.— 2.1. Respetar y referirse a las sentencias de anulación.— 2.2. Desconocimiento de las sentencias de anulación.— 2.3. Punto intermedio.— 3. Las nociones de sesgo local y abuso de soberanía desarrolladas a través de la jurisprudencia estadounidense en peticiones de ejecución de laudos anulados.— 3.1. Chromalloy.— 3.2. Baker Marine.— 3.3. TermoRio.— 3.4. Commisa.— 3.5. Thai-Lao Lignite.— 3.6. Conclusión.— 4. El sesgo local y el abuso soberano como factores decisivos para el análisis de una petición de ejecución de un laudo anulado.— 4.1. La influencia del concepto de sesgo local en las políticas pro arbitraje y de equidad.— 4.2. La influencia de la noción de parcialidad local en los principios de reciprocidad y *res judicata*.— 4.3. Conclusión.— 5. Oportunidades perdidas y la necesidad urgente de implementar un marco legal claro para la ejecución de laudos anulados.— 6. Conclusión.— 7. Referencias bibliográficas.

* LLM. Columbia University.

** Licenciado en Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México.

*** Ambos autores agradecen profundamente a Alina Aguilar, asociada en Bufete Asali, por su valiosa contribución en la elaboración de esta investigación.

1. INTRODUCCIÓN

El 12 de julio de 2014, durante noventa minutos, veintidós hombres acapararon la atención del mundo entero. El clima de ese sábado en Belo Horizonte —tan sólo 22 grados centígrados y un cielo despejado— contrastaba con la ebullición que se vivía en las tribunas, donde el estruendo de los más de 58 000 aficionados hervía los ánimos de dos naciones, ambas potencias futboleras, enfrentándose en la semifinal de la Copa del Mundo. Los expertos vaticinaban un partido reñido en el que culminaría el invicto de alguno de los dos equipos. El panorama cambió radicalmente apenas once minutos después del silbatazo inicial. El Mineirazo comenzó con Thomas Müller desmarcándose de David Luiz para enviar el balón al fondo de las redes tras el tiro de esquina de Toni Kroos. Mirsolav Klose, en el minuto veintitrés, anotó el segundo gol, que dio pie a una racha de cuatro anotaciones seguidas en menos de seis minutos. El silencio sustituyó al bullicio en el estadio Mineirão, a la par que la afición abandonaba sus lugares para tomar las calles de todo el país en protesta por la derrota de su amada *seleção*. Más allá del abultado marcador de 7-1, el dolor experimentado por la hinchada brasileña se debió a que, como en el Maracanazo más de medio siglo atrás, habían perdido *en casa*. La magnitud de la victoria alemana y la humillación brasileña se debían, más que cualquier otra cosa, a que Brasil sufrió una derrota aplastante *en su tierra*, frente a *su gente* y en una *sede* en la que no sólo estaban más acostumbrados que los alemanes, sino que incluso controlaban a través de su afición. La leyenda de la victoria alemana vivirá por generaciones porque sucedió *en casa ajena*.

La dificultad de prevalecer en un territorio hostil frente a un contrincante local ha sido, por siglos, el motor de muchas historias de heroísmo, valor y perseverancia. Todavía hoy, después de miles de años, poca gente desconoce el mítico sitio de Troya, en el que, contra todo pronóstico, el ejército comandado por Agamenón y Menelao diezmó a las fuerzas teucras luchando en su propia ciudad. Es por esa misma razón que la victoria de Rocky frente a Iván Drago nos parece una

verdadera proeza, al haber sucedido frente a la bandera soviética. Quizás la decapitación del rey Macbeth no parecería tan trágica si la muerte del magnicida escocés no hubiera tenido lugar en las puertas de su castillo y ante los ojos de sus hombres. La tónica en todos los casos es la victoria frente a la adversidad, representada por la debilitante extrañeza con la que el entorno se presenta frente nuestros héroes, en contraste con la ventajosa familiaridad que tiene para sus oponentes. Sabemos, casi intuitivamente, que ganar en casa ajena tiene un mérito especial y es por ello que estos sucesos vivirán en la memoria como acontecimientos verdaderamente extraordinarios.

Lo mismo ocurre con las disputas jurídicas. Si existen acérrimas discusiones al momento de negociar cláusulas de ley aplicable y jurisdicción es porque las partes saben que existe una marcada ventaja en litigar en casa y al amparo de reglas conocidas. Por más que nos maravillemos por las hazañas referidas anteriormente, nadie quiere estar obligado a ser un héroe en sus propios pleitos. Lo extraordinario, la enemistad de una sede hostil, la prevalencia ante la adversidad, son todas cuestiones propias de un cuento, perfectas en un escenario ficticio, pero absolutamente indeseables en nuestra realidad y en relación con nuestros asuntos. La búsqueda de un terreno común, en el que prevalezca la igualdad entre las partes, es muchas veces una de las principales preocupaciones de los comerciantes al momento de elegir un mecanismo para la solución de sus controversias. Concretamente, la posibilidad de litigar en una sede neutral, de contar con una resolución cuya eficacia y ejecutividad sea en lo posible indiscutida y ajena a ventajas indebidas en favor de alguna de las partes, es quizás uno de los factores más importantes que ha conllevado al éxito del arbitraje comercial y a su inclusión como uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias preferidos en los contratos internacionales. En efecto, es comprensible que, en el contexto de una transacción entre comerciantes de distintos países, cada parte prefiera litigar cualquier disputa en su propio foro o sede, para así luchar cualquier batalla en terreno conocido. Del mismo modo, ningún empresario experimentado querrá que las disputas sean resueltas por los

tribunales de la sede de su socio comercial ante el temor latente de que dichos tribunales sean parciales en favor de su contraparte.

Estas preocupaciones se magnifican cuando la contraparte de una transacción comercial es un Estado o entidad estatal. La división de poderes es una mera ilusión en algunas naciones y es fácil imaginar que en ciertas jurisdicciones un juez estará sujeto a presiones políticas significativas para evitar el dictado de una sentencia adversa para los intereses de su propio país o de una de sus empresas gubernamentales. Entonces, el arbitraje se presenta como una vía segura para los inversionistas extranjeros. Al optar por el arbitraje, los comerciantes internacionales obtienen la posibilidad de presentar sus casos ante entes jurisdiccionales objetivos y también de ejecutar el laudo en los tribunales de cualquier país signatario de la Convención de Nueva York. Así, en la disputa prevalece la igualdad entre las partes y, de este modo, si bien el inversionista o comerciante extranjero no tendrá la satisfacción de un triunfo como el de Alemania en el estadio Mineirão, tampoco experimentará el temor de sufrir una arbitraria derrota o arriesgarse a que una sentencia favorable resulte inejecutable como consecuencia del control abusivo del Estado que sea su contraparte sobre sus propias instituciones dentro de una sede sometida a su voluntad.

Ahora bien, aunque el arbitraje puede servir para aliviar la mayoría de los inconvenientes de litigar en contra de un Estado frente a sus propios tribunales, las entidades estatales suelen exigir de forma inflexible que la sede de los procedimientos arbitrales de los que sean parte se encuentre en su propio territorio. En este caso, según la Convención de Nueva York, los tribunales de dicho Estado serán competentes para resolver cualquier petición de nulidad presentada las partes del arbitraje, permitiendo así que tengan la última palabra en la controversia. Un empresario que invirtió millones de dólares en un país extranjero, y algunos más para obtener un laudo arbitral favorable, puede quedarse sin remedio en un abrir y cerrar de ojos a través de una sentencia anulatoria. «Este sombrío escenario no es en lo absoluto

improbable, sobre todo teniendo en cuenta que [...] la parte que incumple es con frecuencia una entidad gubernamental en cuyo rescate desearán intervenir los tribunales nacionales».¹ Al final de cuentas, no debe perderse de vista que «sin importar qué tan justos o profesionales puedan ser los jueces, el temor al sesgo local permanecerá siempre».²

En ese escenario, la única esperanza del inversionista extranjero es conseguir que el laudo anulado se ejecute en otro país, bajo la Convención de Nueva York. Sin embargo, los tribunales de la jurisdicción de ejecución se enfrentarán a un complicado dilema: dar preferencia al laudo o a la sentencia que declaró su nulidad. Las cortes de todo el mundo han resuelto este problema de forma distinta. En Estados Unidos, los tribunales han adoptado diferentes enfoques respecto a las peticiones de ejecución de laudos anulados, e incluso su postura ha evolucionado gradualmente. Con la esperanza de proporcionar un marco fijo para la resolución de estas peticiones, el profesor Hans Smit sugirió que los tribunales nacionales deberían desconfiar de los laudos nulos e insistió en que las sentencias de nulidad que hayan sido dictadas por los tribunales del país de origen de una de las partes del arbitraje no deberían tener efectos extraterritoriales, ya que lo más probable es que sean el producto de un procedimiento sesgado seguido dentro de una sede *a modo*.³

En el presente artículo argumentaremos que las decisiones más relevantes dictadas por los tribunales de Estados Unidos, en relación con la ejecución de laudos nulos, pueden racionalizarse a través de los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía. Sin embargo, a pesar de

¹ LELUTIU, Radu. «Managing Requests for Enforcement of Vacated Awards Under the New York Convention. En *American Review of International Arbitration*, abril 2004, n.º 3, vol. 14, pp. 345, 351. La traducción es propia.

² Ver VAN DEN BERG, Albert Jan. «Why Arbitration Will Be With Us Always». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 1999, n.º 4, vol. 65, p. 248. La traducción es propia.

³ SMIT, Hans. «Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: A Practical Perspective». En *American Review of International Arbitration*, enero 2009, n.º 3, vol. 18, pp. 297, 304.

desempeñar un papel crucial en la forma en que se han decidido esta clase de peticiones, lamentablemente, los tribunales no han hecho referencia expresa a las nociones de sesgo local y abuso de soberanía en sus sentencias. Esta omisión ha llevado a los tribunales de instancias inferiores a resolver ciertos casos de manera incorrecta e injusta. En consecuencia, los comerciantes extranjeros se han quedado con la insuperable tarea de cobrar reclamaciones de millones de dólares en contra de una entidad estatal dentro del territorio de su contraparte en el arbitraje. Así, este trabajo sugiere que los tribunales estadounidenses deberían adoptar expresamente las nociones de sesgo local y abuso de la soberanía en sus sentencias para así generar un marco de predictibilidad que pueda servir para resolver futuras peticiones de ejecución de laudos anulados.

Para lograr dicho objetivo, el punto 2 ofrecerá una breve explicación general sobre el marco jurídico aplicable a la ejecución de los laudos anulados, destacando las políticas y los fundamentos que subyacen a las disposiciones legales pertinentes y los enfoques adoptados por los tribunales de todo el mundo ante dichas peticiones. En el punto 3 se analizarán cinco decisiones destacadas de los tribunales de Estados Unidos en torno a la ejecución de laudos anulados con base en los conceptos de abuso de soberanía y sesgo local, subrayando cómo tales nociones afectaron la forma en la que se resolvieron los casos. El punto 4 enunciará los valores y beneficios de incorporar tales conceptos cuando se analiza si se debe ejecutar un laudo anulado, destacando cómo ambas nociones influyen en los valores y políticas que se contrastan al momento de resolverse dichas peticiones. Mediante una evaluación crítica del caso *Esso Exploration and Production Nigeria Limited, et al. v. Nigerian National Petroleum Corporation*, el punto 5 mostrará cómo el hecho de que los tribunales estadounidenses no hayan destacado claramente la importancia del sesgo local y abuso de soberanía en el contexto de la ejecución de los laudos anulados ha provocado que los tribunales de instancias inferiores lleguen a decisiones injustas. Así, a partir de la experiencia estadounidense, que ha sido punta de lanza en

relación con la ejecución de laudos anulados, se demostrará la urgencia de introducir los criterios de sesgo local y abuso de soberanía propios de una sede cooptada a fin de orientar a los tribunales alrededor del mundo cuando se enfrenten a peticiones de ejecución en circunstancias similares.

2. EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS ANULADOS: EL PANO-RAMA

Este punto ofrece una visión general de las disposiciones legales que rigen la ejecución de los laudos anulados, identifica las políticas que favorecen ya sea privilegiar el laudo original o la sentencia que declara su nulidad, e identifica cómo diferentes jurisdicciones suelen tratar las peticiones de ejecución de laudos anulados.

La Convención de Nueva York fue diseñada para promover el reconocimiento y la ejecución eficiente y ordenada de los laudos arbitrales en el ámbito internacional. En este contexto, parece extraño que el artículo V enumere diferentes motivos para la no ejecución de los laudos y, más aún, que permita a los Estados contratantes establecer en el derecho interno las causales para la nulidad de un laudo arbitral. Sin embargo, una política pro arbitraje puede esconderse detrás del artículo V y, específicamente, del V(1)(e). Cuando las causales de nulidad son manifiestas sería poco conveniente para el arbitraje que se permitiera volver a litigar tales cuestiones en el foro de ejecución. Un régimen eficiente de ejecución de laudos arbitrales requeriría respetar la sentencia de anulación y así evitar litigios innecesarios. Tal vez por esta razón es que, según el artículo V(1)(e), un tribunal «podrá» negarse a ejecutar un laudo arbitral si éste «ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia».⁴ En consecuencia, como lo demuestra el uso del término permisivo «po-

⁴ Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 6 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York), artículo V(1)(e). La traducción es propia.

drá», la Convención no impone ninguna obligación de rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral anulado, sino que otorga a los tribunales ejecutores la discreción de hacerlo cuando lo consideren apropiado para fomentar el arbitraje internacional.

Además, el artículo VII(1) de la Convención establece que

Las disposiciones de la presente Convención [...] n[on] privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.⁵

Según esta disposición, en el contexto de la ejecución de laudos anulados, la Convención no impedirá que una parte busque refugio en un país cuya legislación nacional dé efecto a los laudos anulados. Así, la Convención de Nueva York proporciona a los foros de ejecución una vía más amplia que el artículo V(1)(e) para la ejecución de los laudos arbitrales, que es la de utilizar las disposiciones más favorables al arbitraje que se encuentren en el propio régimen jurídico de la sede de ejecución. En el mismo sentido, hay comentaristas que han sostenido que

[...] no debemos tomar las excepciones del artículo V como excepciones a obligaciones afirmativas por sí mismas, sino como excepciones a la obligación afirmativa del artículo III a reconocer laudos extranjeros [...] [s]i el artículo V obligara a los Estados Contratantes a no reconocer, el artículo VII no tendría ningún propósito, dado que expresamente abre la posibilidad de reconocer laudos anulados, lo que sería absurdo si se considerara que éstos hubieren dejado de existir.⁶

Aunque no cabe duda que, a través de los artículos V(1)(e) y VII(1), la Convención de Nueva York establece un régimen discrecional para la

⁵ *Idem*, artículo VII(1). La traducción es propia.

⁶ BRAZ TEIXEIRA, Dinis. «Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards under the New York Convention». En *Indian Journal of Arbitration Law*, 2019, n.º 1, vol. VIII, p. 26.

ejecución de los laudos anulados, su texto no proporciona a los tribunales de ejecución ninguna orientación sobre los estándares legales apropiados para analizar esta clase de peticiones.⁷ Concretamente, la Convención no resuelve cómo deben enfrentarse los tribunales al predicamento que surge cuando atienden tales peticiones: si ejecutar el laudo arbitral o dar efecto a la sentencia de anulación extranjera. Por un lado, una política favorable al arbitraje y a la equidad exigiría a la jurisdicción secundaria ejecutar los laudos arbitrales originales si el tribunal no encuentra, de forma independiente, que se actualice alguno de los motivos de no ejecución previstos en la Convención de Nueva York. Por otro lado, guiados por los principios de reciprocidad y *res judicata*, los tribunales rara vez se sienten cómodos cuestionando las decisiones adoptadas por el Poder Judicial de otros Estados y, así, reabrir cuestiones que ya se encontraban resueltas de manera definitiva. Dependiendo de su apreciación de estos valores contrapuestos, los tribunales de los foros de ejecución responden a estas peticiones de ejecución de tres posibles maneras, que vemos a continuación.

2.1. *Respetar y referirse a las sentencias de anulación*

Los países que se niegan inflexiblemente a ejecutar un laudo anulado consideran que el arbitraje internacional es una extensión legal del régimen jurídico de la sede.⁸ Un popular defensor de esta teoría es Jan van den Berg, quien postuló que la regla generalmente aceptada con respecto a los laudos anulados bajo la Convención de Nueva York es que los laudos anulados no pueden ser ejecutados en otro lugar porque la sede del arbitraje concentra el control judicial sobre el proceso arbitral.⁹ Los países que siguen esta posición incluyen a Alemania, Rusia, Chile y algunas otras jurisdicciones de derecho civil. Sin embargo, este

⁷ SCHERER, Maxi. «Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4.

⁸ *Idem*, p. 810.

⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. «When Is An Arbitral Award Non-Domestic under the New York Convention of 1958?». En *Pace Law Review*, 1985, n.º 6, p. 25.

punto de vista es difícil de reconciliar con el texto del artículo V(1)(e) y el artículo VII de la Convención que, como explicamos, permite la ejecución de los laudos arbitrales anulados.

2.2. Desconocimiento de las sentencias de anulación

Francia, por su parte, ha adoptado el enfoque contrario. En general, los tribunales franceses consideran que la existencia de una sentencia de anulación, dictada por los tribunales de la sede, no impide el reconocimiento o la ejecución del laudo en su país. En consecuencia, los tribunales franceses realizan un examen independiente del laudo con arreglo al derecho interno para determinar si existe algún motivo que justifique la no ejecución. Este punto de vista parte de la idea de que un laudo arbitral internacional no está vinculado a ningún ordenamiento jurídico concreto, incluido el de la sede, sino que pertenece a un sistema de justicia transnacional cuya validez debe determinarse con arreglo a las leyes del país donde se solicita la ejecución.

2.3. Punto intermedio

La mayoría de los comentaristas reconocen que, al menos en algunas circunstancias, los laudos anulados pueden ser ejecutados por jurisdicciones secundarias. Sin embargo, difieren en cuanto a cuáles son las circunstancias y los estándares bajo los cuales es apropiado el reconocimiento de un laudo anulado.¹⁰ Se puede identificar tres posibles razones principales para la ejecución de un laudo anulado.

Primero, para algunos comentaristas, los laudos anulados deberían reconocerse si la anulación se basó en «estándares locales». El principal defensor de este punto de vista es Jan Paulsson, quien sostiene que los tribunales de una jurisdicción secundaria sólo deberían dar efecto a las sentencias de anulación extranjeras cuando se basen en alguno de los

¹⁰ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 3636.

cuatro primeros párrafos del artículo V(1) de la Convención.¹¹ Por el contrario, no debería darse importancia a la anulación cuando se base en normas de nulidad locales o idiosincrásicas, como la contravención del orden público o cuestiones de no arbitrabilidad. Para sus partidarios, este enfoque crea incentivos para que los tribunales nacionales apliquen las normas de nulidad internacionalmente aceptadas y adoptadas.

Segundo, algunos comentaristas sugieren que las sentencias de anulación deben ser tratadas como cualquier otra sentencia extranjera y, por lo tanto, se les debe dar efecto cuando cumplan con los estándares de reconocimiento aplicables.¹² Este enfoque ha sido etiquetado como *judgment route*. Los tribunales que lo adoptan consideran que la reciprocidad internacional (*comity*) es el valor más importante en su análisis. Una de sus ventajas es que los jueces realizan un estudio jurídico con el que están más familiarizados. Sin embargo, como se explicará más adelante (*infra* punto 4.2.), existen razones sustanciales para pensar que las sentencias extranjeras relacionadas con los laudos arbitrales son diferentes a las sentencias extranjeras ordinarias y, por lo tanto, deberían recibir un tratamiento diferente.

Tercero, otros autores sugieren que siempre se debería negar la ejecución de laudos anulados, excepto en los casos en que las partes hayan renunciado previamente a cualquier revisión judicial del laudo. Para los defensores de esta teoría, las partes asumen que la revisión judicial en la sede siempre es una posibilidad, por lo que la sentencia de anulación debería ser efectiva excepto para los casos en los que las partes eliminaron esa posibilidad por acuerdo común.¹³

Como se detallará en la siguiente sección, los tribunales de Estados Unidos han adoptado análisis muy diferentes. Inicialmente, parecía que

¹¹ Ver PAULSSON, Jan. «The Case for Disregarding LSAs (Local Standard Annulments) Under the New York Convention». En *American Review of International Arbitration*, agosto 1996, n.º 2, vol. 7, p. 99.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

adoptarían un enfoque similar al de los tribunales franceses y que estarían dispuestos a ejecutar un laudo anulado si era compatible con las disposiciones de la Federal Arbitration Act. Sin embargo, esta postura cambió drásticamente y el Circuito de D. C. incluso adoptó la cuestionable posición de que un laudo anulado no puede ser ejecutado porque habría dejado de existir. Por el contrario, el Segundo Circuito parece seguir el enfoque de *judgment route* y ejecutará los laudos anulados únicamente en los casos en los que no existe razón alguna para reconocer la sentencia de anulación extranjera.

3. LAS NOCIONES DE SESGO LOCAL Y ABUSO DE SOBERANÍA DESARROLLADAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE EN PETICIONES DE EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS

Este punto ilustra que los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía, ambos ligados intrínsecamente a la necesidad de litigar la nulidad de un laudo en una sede hostil y controlada por un Estado parte del arbitraje, han sido una consideración relevante en cinco de los principales casos relacionados con la ejecución de laudos anulados en Estados Unidos. Como se mostrará a continuación, la identificación y apreciación de ambos conceptos por parte de los tribunales estadounidenses ha influido en gran medida en el resultado de sus decisiones.

3.1. *Chromalloy*

Chromalloy Aeroservices, Inc., una empresa estadounidense, celebró un contrato para suministrar piezas de helicóptero a la Fuerza Aérea egipcia. A los dos años y medio del acuerdo, Egipto rescindió unilateralmente el contrato. Chromalloy rechazó la rescisión e inició un arbitraje. Chromalloy resultó vencedora en el arbitraje y se le concedieron aproximadamente 18 millones de dólares por concepto de daños y perjuicios. Chromalloy solicitó la ejecución del laudo arbitral en el Distrito de Columbia. Sin embargo, aprovechando que la sede arbitral se encontraba

en Egipto, el Estado solicitó simultáneamente la nulidad del laudo ante sus propios tribunales. Mientras estaba pendiente el procedimiento de ejecución en Estados Unidos, el tribunal de apelación de Egipto anuló el laudo por considerar que el tribunal arbitral había aplicado erróneamente la legislación egipcia. El tribunal egipcio llegó a esa conclusión aun cuando las partes habían acordado que cualquier laudo que surgiera del arbitraje sería definitivo y no estaría sujeto a apelación o cualquier otro recurso.

Considerando este nuevo escenario, un juez del Distrito de Columbia analizó «si la decisión del tribunal egipcio debe ser reconocida como una sentencia extranjera válida».¹⁴ El tribunal destacó, en primer lugar, la naturaleza facultativa del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, citando la palabra operativa «puede». Posteriormente, al igual que los tribunales franceses, centró el análisis en el artículo VII, que ordenaba al tribunal salvaguardar todos los derechos de Chromalloy bajo la legislación estadounidense aplicable.¹⁵ Entonces, el tribunal consideró que Chromalloy disponía de derecho más favorable en virtud de la Federal Arbitration Act, la cual refleja una fuerte política pro arbitraje al disponer que los laudos arbitrales se consideran vinculantes y sólo pueden ser anulados por motivos limitados.¹⁶ De esta manera, el tribunal optó por desconocer la sentencia de anulación decretada por tribunales egipcios, considerando que la misma reflejaba una visión escéptica del arbitraje —en la medida en que el tribunal egipcio revisó el fondo del laudo y las partes habían renunciado a cualquier intervención de los tribunales locales—, lo que era contrario a la fuerte política pública estadounidense pro arbitraje.¹⁷ Por lo tanto, el tribunal ejecutó el laudo arbitral original y rechazó el reconocimiento de la sentencia egipcia que lo anulaba.

¹⁴ En *Chromalloy Aeroservices*, 939 F. Supp. 907, 911 (D. C. 1996).

¹⁵ *Idem* en 914.

¹⁶ *Idem* en 910.

¹⁷ *Idem* en 914.

Gary Born ha calificado esta decisión como fundamentalmente correcta.¹⁸ Sin embargo, este autor lamenta que, en cierta medida, dicha sentencia se quedó corta pues el tribunal de Chromalloy no «abordó expresamente ni se basó en el hecho central —aunque incómodo— de que la decisión de anulación de los tribunales egipcios favorecía una entidad gubernamental local egipcia y perjudicaba a un inversionista extranjero».¹⁹ Se trataba, entonces, de una situación en la que los tribunales ante los cuales se resolvió la acción de nulidad eran, como consecuencia de la elección de la sede, sospechosamente cercanos al Estado condenado y, por lo tanto, la imparcialidad de las cortes podía ser puesta en entredicho ante el dictado de una resolución contraria a los principios pro arbitraje que inspiran a la Convención de Nueva York. Como se verá más adelante, a través de decisiones subsecuentes, los tribunales de Estados Unidos han reconocido que el hecho de que Egipto utilizara su propio sistema judicial para invalidar una decisión dictada por un tribunal arbitral imparcial a favor de una empresa extranjera, a la cual había tenido acceso con motivo de la elección de una ciudad egipcia como sede, fue un aspecto verdaderamente clave para la conclusión del tribunal.

3.2. *Baker Marine*

Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd. involucra una petición de ejecución de dos laudos anulados en Nigeria. *Baker Marine* y *Danos* celebraron un contrato de servicios de fletamento con *Chevron*. Las tres empresas estaban constituidas en Nigeria. Su relación contractual empeoró con el tiempo y *Baker Marine* inició dos arbitrajes contra ambas con sede en Lagos, Nigeria. *Baker Marine* ganó ambos procedimientos e intentó ejecutar los laudos ante los tribunales nigerianos. Sin embargo, *Danos* y *Chevron* solicitaron y consiguieron con éxito la anulación de los laudos.

¹⁸ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 3630.

¹⁹ *Idem*, p. 3631. La traducción es propia.

Posteriormente, Baker Marine solicitó la ejecución de los laudos anulados en Estados Unidos. El Distrito Norte de Nueva York denegó la petición concluyendo que, en virtud de la Convención de Nueva York y de los principios de reciprocidad internacional, «no sería adecuado ejecutar un laudo arbitral extranjero bajo la Convención, cuando dicho laudo ha sido anulado por los tribunales nacionales de Nigeria».²⁰ En la apelación, el Segundo Circuito se apartó del razonamiento de Chromalloy y se negó a aplicar el artículo VII de la Convención de Nueva York, considerando que las partes contrataron en Nigeria eligieron arbitrar en Nigeria y no expresaron su intención de someterse a la legislación estadounidense, en concreto a la Federal Arbitration Act. Esta decisión puede racionalizarse considerando que, a diferencia de Chromalloy, en este caso no era parte en el arbitraje una entidad estatal que presumiblemente gozara de un control o al menos una ventaja considerable sobre las cortes de la sede elegida, e incluso todas las empresas parte, en realidad, eran empresas constituidas conforme a las leyes nigerianas. En otras palabras, Baker Marine no involucraba la presencia de una sede abiertamente parcial que pudiese inclinar la balanza en favor de una entidad integrante de su mismo gobierno.

Además, aun si el tribunal estuviera de acuerdo en que el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York permite que un tribunal ejecute un laudo anulado, el Segundo Circuito consideró que Baker Marine no había demostrado ninguna «razón adecuada» para negarse a reconocer las sentencias de anulación nigerianas. Una nota a pie de página en el fallo indica los hechos que distinguen este caso de Chromalloy. En concreto, el tribunal señaló que en Chromalloy el gobierno de Egipto aceptó expresamente que el laudo fuera definitivo y no estuviera sujeto a apelación ni a ningún otro recurso. Así, después de que el tribunal dictara un laudo a favor de Chromalloy, el «gobierno egipcio apeló a *sus propios tribunales*, quienes anularon el laudo» y permitieron a Egipto repudiar su promesa de cumplir con el laudo arbitral.²¹ Algunos doctrinarios han

²⁰ Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 196 (2d Cir. 1999).

²¹ *Idem* en 197.

destacado la importancia de esta distinción y el hecho de que las cortes que anularon el laudo eran las mismas que las partes trataban de evitar al decidir arbitrar ante un tribunal objetivo:

[La] observación de que el gobierno egipcio apeló a sus propios tribunales no puede subestimarse. Egipto no sólo desautorizó una condición sustantiva del acuerdo arbitral, sino que además procedió a realizar la misma acción que este tribunal en particular trató de evitar.²²

3.3. *TermoRio*

En el caso *TermoRio S. A. E. S. P. & LeaseCo Group v. Electranta S. P.*, la corte resolvió una petición de ejecución de un laudo anulado en Colombia. Las partes, una sociedad colombiana y una empresa estatal colombiana, celebraron un contrato para la generación y venta de energía eléctrica. *TermoRio* inició un arbitraje solicitando el pago de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. El tribunal arbitral concedió a *TermoRio* más de 60 millones de dólares. *Electranta* comenzó entonces un litigio ante los tribunales colombianos solicitando la anulación del laudo. El tribunal colombiano concedió esta petición bajo el argumento de que la legislación colombiana no permitía expresamente el uso del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.²³

TermoRio intentó entonces ejecutar el laudo anulado en Estados Unidos, pero el Circuito de D. C. rechazó dicha petición. En primer lugar, el tribunal basó su decisión en la errónea creencia que un laudo no existe para ser ejecutado en otros Estados contratantes si ha sido legalmente anulado por un tribunal del Estado en el que se dictó el laudo.²⁴ Después, el tribunal razonó que ni la política pro arbitraje de Estados Unidos ni la mera afirmación de que la sentencia de anulación atentaba en contra del orden público son motivos suficientes para que

²² MARTÍNEZ FRAGA, Pedro. *The American Influence on International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 178.

²³ Ver *TermoRio S. A. v. Electranta SP*, 487 F.3d 928, 931 (D. C. Cir. 2007).

²⁴ *Idem* en 936.

un Estado secundario pueda cuestionar la resolución de un tribunal de una jurisdicción primaria.²⁵ El Circuito de D. C. estuvo de acuerdo con el argumento de la corte de distrito que afirmó que el orden público de Estados Unidos no estaba vulnerado o implicado en el caso concreto, pues este caso era un «asunto particularmente colombiano».²⁶

Así, el tribunal confirmó la sentencia colombiana tras constatar que no había nada en el expediente que indicara que los procedimientos ante los tribunales colombianos estuvieran viciados o que la sentencia de ese tribunal no fuera auténtica.²⁷ Sin embargo, el Circuito de D. C. reconoció que, como en *Chromalloy*, puede haber casos en los que las circunstancias apunten a favor del reconocimiento de un laudo anulado. Más aún, el tribunal resolvió que existe un concepto de orden público limitado en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York. Finalmente, el Tribunal señaló que una sentencia extranjera es inejecutable por ser contraria al orden público en la medida en que repugne las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en los Estados Unidos.²⁸

Diversos autores han criticado fuertemente esta decisión por varias razones. Una de las más importantes es que pasa por alto la gran posibilidad de que los tribunales colombianos hayan sido parciales y anularan el laudo para proteger a la entidad estatal frente al inversionista. Según Gary Born, la decisión es errónea porque «dio pleno efecto a una decisión de un tribunal nacional —a favor de una entidad estatal local— que violó flagrantemente la obligación de Colombia de reconocer los acuerdos de arbitraje en virtud del artículo II de la Convención».²⁹ En

²⁵ *Idem* en 937.

²⁶ *Idem* en 939. La traducción es propia.

²⁷ *Idem* en 941.

²⁸ *Idem* en 939.

²⁹ *Ibidem*. («En efecto, la decisión de los tribunales colombianos que sostenía que un acuerdo de arbitraje internacional que seleccionaba el Reglamento de la CCI era *per se* inválido es una de las violaciones más atroces de las posibles hipótesis previstas por el requisito de la Convención de Nueva York de que los Estados contratantes reconozcan los acuerdos de arbitraje. La confianza del tribunal de TermoRio en esta decisión es gravemente errónea y constituye, en sí misma, una probable violación a las obligaciones de los Estados Unidos al amparo de la Convención de Nueva York». La traducción es propia).

ese sentido, la estrecha relación entre la entidad estatal y los tribunales de la sede es, para Gary Born, un aspecto fundamental y que a su juicio debió ser tomado en consideración por el tribunal de TermoRio. Otros han secundado esta opinión. Por ejemplo, para Robert Koch,

TermoRio parece ser uno de esos casos típicos en los que un gran laudo arbitral dictado en contra del Gobierno, o de una de sus entidades, que fue emitido en un procedimiento arbitral llevado a cabo en ese Estado, es anulado por los tribunales de la sede por motivos que parecen artificiales.³⁰

Finalmente, Emmanuel Gaillard también identificó esta decisión como un ejemplo de un laudo «convenientemente anulado en beneficio de la parte local, a menudo el Estado o una entidad propiedad de dicho Estado».³¹

3.4. *Commisa*

El temor al abuso de soberanía y al sesgo local fue una consideración poderosa en *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción*. Pemex es la entidad mexicana que controla y gestiona el petróleo y los hidrocarburos en México. Commisa es una corporación mexicana subsidiaria de KBR, Inc., una empresa constructora estadounidense. Las partes celebraron contratos para construir e instalar plataformas de gas natural en el Golfo de México. A lo largo de los años, surgieron muchos desacuerdos y problemas sobre los costos de la construcción. En cierto momento, cuando las plataformas estaban terminadas en un 94 %, Pemex las embargó e inició un procedimiento para rescindir administrativamente los contratos.

³⁰ KOCH, Christopher. «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin». En *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 2, vol. 26, p. 289 («También se observa que pareciera que el laudo no se ha juzgado por sus méritos, sino con el fin de proteger los intereses del Estado». La traducción es propia).

³¹ GAILLARD, Emmanuel. «The Urgency of Not Revising the New York Convention / 50 Years of the New York Convention». En *Congreso ICCA*, 2009, n.º 14, p. 695. La traducción es propia.

Ante esta situación, Commisa inició un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional solicitando daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, entre otras prestaciones. Antes de que se dictara el laudo, la legislación mexicana cambió en dos aspectos importantes. En primer lugar, una ley que entró en vigor en diciembre de 2007 dispuso que las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los contratos públicos debían litigarse en un tribunal administrativo especial. En segundo lugar, en mayo de 2009 entró en vigor el artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el cual establecía que las rescisiones administrativas no debían ser objeto de procedimientos de arbitraje, ya que eran competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos. En diciembre de 2009, el tribunal arbitral dictó el laudo, condenando a Pemex a pagar a Commisa aproximadamente 300 millones de dólares por daños y perjuicios.

Commisa entabló una demanda ante la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York para ejecutar el laudo. Por su parte, Pemex impugnó la competencia del tribunal arbitral e interpuso una acción de nulidad ante los tribunales mexicanos. La corte estadounidense confirmó el laudo en agosto de 2010. Pemex apeló y, antes de que el Tribunal de Circuito emitiera su decisión, el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil de la Ciudad de México anuló el laudo sobre la base de que la disputa no era arbitrable y el laudo era contrario al orden público mexicano. El tribunal colegiado mexicano basó su fallo, sustancialmente, en el artículo 98 que había sido recientemente promulgado. Además, Pemex interpuso con éxito dos acciones ante los tribunales mexicanos para ejecutar las fianzas de cumplimiento otorgadas por Commisa. El resultado final de los procedimientos llevados a cabo en sede mexicana fue que, ahora, Commisa debía a Pemex casi 105 millones de dólares.

El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito devolvió el caso y ordenó al Distrito Sur de Nueva York que reconsiderara su decisión a la

luz de la sentencia de anulación mexicana. A pesar de la anulación mexicana, la Corte de Distrito ordenó la confirmación y reconocimiento del laudo. La noción de abuso de soberanía está profundamente arraigada en la decisión. El tribunal comenzó su análisis sobre el mérito del asunto refiriéndose a cómo las partes involucradas en transacciones transfronterizas acuerdan arbitrar sus disputas buscando evitar la parcialidad de los tribunales locales y la justicia nacional, «particularmente, si la parte local del arbitraje es una entidad de propiedad gubernamental o políticamente poderosa».³² El tribunal incluso se refirió a cómo este favoritismo puede dar lugar a intervenciones judiciales excesivas, o incluso a la anulación de los laudos, porque la parte que incumple es a menudo una entidad de propiedad estatal que puede buscar la ayuda de su propio Poder Judicial.³³

La Corte de Distrito señaló que si bien el tribunal de Baker Marine no se explayó sobre el alcance de la discrecionalidad de un tribunal para ejecutar un laudo anulado, en *TermoRio*, el Circuito de D. C. dio mayor claridad al tema al sostener que el laudo podría ejecutarse si la sentencia de anulación repugnaba las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en los Estados Unidos.³⁴ Con base en este estándar, la Corte de Distrito concluyó que no confirmaría la sentencia de anulación porque violaba las «nociones básicas de justicia». Dicho estándar, vale decir, es similar al que ha sido aplicado por otros tribunales del mundo, como las cortes inglesas, las cuales han sostenido que «un laudo anulado puede subsistir y ser ejecutado en Inglaterra si el peticionario de la ejecución demuestra que la corte que anuló el laudo ofendió principios básicos de honestidad, justicia natural y orden público inglés».³⁵ Al respecto, la conclusión del tribunal se basó principalmente en su constatación de que la

³² Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642, 657 (S. D. N. Y. 2013). La traducción es propia.

³³ *Idem*, citando a LELUTIU, Radu. *Op. cit.*, p. 351.

³⁴ *Idem* en p. 659.

³⁵ PENDA MATIPE, Jean Alain y Ndudi COUNCILLOR OLOKOTOR. «Chapter 4: Judicial Attitudes Towards the Enforcement of Annulled Awards». En ONYEMA, Emilia (editora). *Rethinking the*

corte mexicana había aplicado retroactivamente el artículo 98 para sostener que los procedimientos administrativos de rescisión no estaban sujetos a arbitraje y, por lo tanto, que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción para resolver la controversia de las partes. En consideración del tribunal, esta aplicación retroactiva de la ley era especialmente perjudicial porque «se llevó a cabo para favorecer a una empresa estatal frente a una parte privada».³⁶

La Corte de Distrito descartó el razonamiento del tribunal mexicano de que las rescisiones administrativas eran un mecanismo adecuado para proteger los recursos financieros del Estado. En consideración de la Corte de Distrito, cuando una disputa surge de un contrato de un Estado con una parte privada, su Poder Judicial debe tratar a ambos como iguales.³⁷ Según la Corte de Distrito, la injusticia se agravó porque los cambios en la legislación mexicana dejaron a Commisa sin un foro para resolver la disputa, ya que el plazo de prescripción de 45 días, aplicable a las impugnaciones de las rescisiones administrativas ante los tribunales administrativos había transcurrido en exceso.³⁸ El tribunal consideró que el hecho de que Commisa debiera ahora millones de dólares a Pemex, debido a un procedimiento unilateral llevado a cabo sin la participación de un tribunal objetivo, era contrario a las nociones básicas de justicia. Por ello, la Corte de Distrito decidió confirmar el laudo.

El Tribunal de Apelaciones del Segundo Distrito confirmó esta decisión. El Segundo Circuito siguió el enfoque de *judgment route* y concen-

Role of African National Courts in Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 96. La traducción es propia. Igualmente, otros comentaristas han recogido el criterio adoptado en Commisa y por las cortes inglesas. Al respecto, ver SLATER, Matthew D. «On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy». En *Arbitration International*, 2009, n.º 2, vol. 25, p. 271. («[L]as decisiones de anulación deben tratarse como sentencias pecuniarias extranjeras y, por lo tanto, deben ser respetadas “a menos que ello sea procesalmente injusto o contrario a nociones fundamentales de justicia”»).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Idem*, p. 660.

tró su análisis en si había alguna circunstancia que exigiera al no confirmar la sentencia de anulación. En realidad, el Segundo Circuito consideró que confirmar la sentencia de anulación mexicana sería contrario al orden público de Estados Unidos, ya que cuatro consideraciones demostraban que tal acción sería contraria a las nociones básicas de justicia: (i) la defensa de los compromisos contractuales de las partes y la renuncia a la inmunidad soberana; (ii) la repugnancia frente a la aplicación retroactiva de la ley; (iii) la necesidad de proporcionar un foro para las reclamaciones legales; y (iv) la prohibición de la expropiación sin compensación.³⁹ La noción de abuso de soberanía está profundamente arraigada en el análisis de estas consideraciones por parte del Segundo Circuito y, en general, en toda la decisión.⁴⁰ Es, en definitiva, una decisión inspirada en evitar que las entidades estatales abusivamente se aprovechen de una sede *a modo*, al utilizar de manera ventajosa e inequitativa a las cortes de su propio territorio para anular los laudos que no son favorables a sus intereses.

Primero, el tribunal reconoció la aplicación de las renunciaciones a inmunidades soberanas por parte de los Estados como un valor crucial dentro del sistema jurídico estadounidense, que deriva del principio de igualdad de armas entre dichos Estados y los particulares con los que participan en transacciones comerciales. El tribunal se refirió a la decisión de la Suprema Corte en el caso *Cooke v. Estados Unidos*, que establece que «[s]i [Estados Unidos] desciende de su posición de soberanía y entra en el dominio del comercio, se somete a las mismas leyes que ahí gobiernan a los particulares».⁴¹ El tribunal también consideró que el principio de igualdad de trato entre Estados e inversionistas es protegido y promovido internacionalmente. Por ejemplo, la Corte destacó la referencia al

³⁹ *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción*, 832 F.3d 92, 107 (2d Cir. 2016) (en adelante, *Pemex II*).

⁴⁰ *Idem* en 103 (Al tratar la objeción jurisdiccional de Pemex, el tribunal señaló que «en México, el petróleo es un recurso de propiedad estatal y las acciones de PEP buscaban proteger los intereses petroleros mexicanos contra una empresa privada extranjera; en pocas palabras, PEP actuó como el Estado»).

⁴¹ *Idem* en 107 citando *Cooke v. United States*, 91 U.S. 389, 398, (1875). La traducción es propia.

arbitraje ante un tribunal imparcial en el TLCAN como el mecanismo elegido para resolver las disputas entre un país y los ciudadanos de otra parte del tratado.⁴²

Segundo, el Segundo Circuito señaló que la aplicación retroactiva de la ley es repugnante para el ordenamiento jurídico estadounidense. En efecto, el Tribunal concluyó que a través de la aplicación retroactiva del artículo 98, se privó a Commisa de su derecho a arbitrar la disputa y señaló: «que Pemex sea parte del gobierno que promulgó tal ley no ayuda en nada».⁴³ Tercero, el Tribunal coincidió con el Distrito Sur de Nueva York en que la injusticia se vio agravada por el hecho de que los cambios unilaterales en la ley mexicana dejaron a Commisa sin foro debido a la aplicación de los principios de cosa juzgada y prescripción. Por último, en relación con la cuarta consideración, el Segundo Circuito subrayó cómo el gobierno mexicano perpetró una expropiación, primero, al rescindir administrativamente los contratos a través de Pemex y, segundo, al cambiar las leyes, dejando así a Commisa sin ningún recurso para reclamar los millones de dólares en daños y perjuicios que Pemex había causado.⁴⁴ Por estos motivos, el Segundo Circuito concluyó que confirmar la sentencia mexicana sería contrario al orden público estadounidense, ya que las circunstancias extraordinarias presentes en el caso violaban nociones elementales de justicia que, como vimos, se encontraban estrechamente ligadas con la relación entre Pemex y las instituciones gubernamentales de México.

3.5. *Thai-Lao Lignite*

El caso *Thai-Lao Lignite v. Gobierno de Laos* es particularmente relevante para el presente análisis, ya que reconoce que las nociones de abuso de soberanía y de sesgo local fueron una consideración clave en

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Idem* en 109.

⁴⁴ *Idem* en 110.

las decisiones anteriormente analizadas. En este caso, una empresa tailandesa intentó ejecutar un laudo dictado contra el Gobierno de Laos después de que fuera anulado por los tribunales de Malasia. La Corte de Distrito optó por confirmar la anulación al no encontrar las circunstancias extraordinarias presentes en algunos de los casos anteriores que demostraran que confirmar la sentencia de anulación sería contrario al orden público. En primer lugar, la corte distinguió el caso del precedente de *TermoRio* porque no se trataba de un «caso en el que la parte demandada era una entidad del gobierno de Malasia, lo que podría suscitar la sospecha de parcialidad de los tribunales malayos; más bien, Malasia es un país tercero neutral que las partes eligieron mutuamente como sede del arbitraje».⁴⁵ Posteriormente, la corte consideró que el caso era diferente al de *Pemex* y *Chromalloy* porque no involucraba una entidad gubernamental que hubiera anulado con éxito el laudo en sus propios tribunales.⁴⁶ Además, la Corte de Distrito declaró que este caso carecía del elemento «particularmente injusto» encontrado en *Pemex*, donde se declaró responsabilidad a cargo de la parte privada ante la entidad gubernamental, fundada en la propia resolución administrativa de la entidad y sin conceder una audiencia sobre el fondo.⁴⁷ Así, el Segundo Circuito confirmó la decisión e hizo referencia expresa a las consideraciones de sesgo local y abuso de soberanía al sostener que «los procedimientos en Malasia son mucho menos sospechosos que las circunstancias que rodearon los procedimientos en *Pemex* y, por lo tanto, más dignos de reconocimiento presuntivo».⁴⁸

⁴⁵ *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Republic*, 997 F. Supp. 2d 214, 227 (S. D. N. Y. 2014). La traducción es propia.

⁴⁶ *Ibidem*. Ver SILBERMAN, Linda y Nathan YAFFE. «The US Approach to Recognition and Enforcement of Awards After *Set-Asides*: The Impact of the *Pemex* Decision». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40, pp. 799, 810. («Al distinguir *Thai-Lao* de *Pemex*, la Corte de Distrito señaló que la sentencia de nulidad dictada en *Thai-Lao* se produjo en un país neutral y no involucró a ninguna entidad estatal de la sede». La traducción es propia).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Republic*, 864 F.3d 172, 187 (2d Cir. 2017). La traducción es propia.

3.6. Conclusión

El análisis anterior muestra que la noción de abuso de soberanía por parte de entidades estatales en contra de los inversionistas y el sesgo local por parte de los tribunales de la sede han sido razonamientos torales que han formado el hilo conductor de las decisiones más importantes los tribunales estadounidenses relacionadas con la ejecución de laudos anulados, y especialmente a la jurisprudencia desarrollada por el Segundo Circuito. Tanto Chromalloy como Pemex, los únicos casos en los que se han concedido esta clase de peticiones, involucraban entidades propiedad del Estado que habían anulado con éxito los laudos en los tribunales locales, bajo circunstancias en extremo sospechosas y que ponían en entredicho la neutralidad de la sede. En Chromalloy, la Fuerza Aérea Egipcia había aceptado expresamente acatar el resultado del arbitraje como vinculante y, a pesar de ello, solicitó la anulación frente a los mismos tribunales que el acuerdo de arbitraje pretendía evitar. En Pemex, los tribunales mexicanos beneficiaron a la entidad estatal al aplicar retroactivamente la ley, para concluir que la disputa no era arbitrable, dejando a Commisa sin un foro para sus reclamaciones. En Baker Marine, la Corte señaló expresamente que los hechos no reflejaban los de Chromalloy, donde Egipto recurrió a «sus propios tribunales» para anular el laudo y renunciar a su promesa de arbitraje. En Thai-Lao Ignite, la Corte de Distrito consideró que, a diferencia de TermoRio, el laudo se anuló en un país neutral, hecho que eliminaba la posibilidad de sesgo local. Además, la corte de Thai-Lao señaló que, a diferencia de Chromalloy y Pemex, ese caso no involucraban a una entidad estatal que intentaba escapar de su responsabilidad a través de sus tribunales. Como vimos, algunos comentaristas han criticado fuertemente la decisión de TermoRio bajo el argumento que no aborda el hecho de que los tribunales colombianos anularan un laudo contra una entidad estatal colombiana con base en motivos altamente cuestionables. Además, diversos autores han reconocido la influencia de la noción de sesgo local en estos y otros casos:

El tribunal de Chromalloy reconoció la susceptibilidad del tribunal egipcio al sesgo parcial, un factor claramente ausente en el caso Spier. El tribunal de Baker Marine posiblemente reconoció que, dado que ambas partes del arbitraje eran nigerianas, era poco probable que el tribunal nigeriano fuera parcial.⁴⁹

4. EL SESGO LOCAL Y EL ABUSO SOBERANO COMO FACTORES DECISIVOS PARA EL ANÁLISIS DE UNA PETICIÓN DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO ANULADO

El punto anterior demuestra que los tribunales que han resuelto algunos de los principales casos relativos a la ejecución de laudos anulados se han basado en gran medida en las nociones de sesgo local y abuso de soberanía en sus decisiones. En este punto se argumenta que incorporar explícitamente y sin ambigüedades esos conceptos en el análisis puede ser de importancia crítica para todos los tribunales que siguen el enfoque del *judgement route* para analizar una petición de ejecución de un laudo anulado. Como se demostrará más adelante, cuando están presentes, estos conceptos pueden favorecer la defensa de la ejecución del laudo anulado, ante la constatación de un abuso por parte de la entidad estatal de las instituciones de una sede que se encuentra bajo su control o frente a las cuales goza de un sesgo favorable o ventajoso.

Según el tribunal de Commisa, un laudo anulado se ejecutará en la medida en que el reconocimiento de la sentencia de anulación extranjera sea contrario a las nociones básicas de decencia y justicia y, por tanto, al orden público estadounidense, lo cual resulta coincidente con el estándar aplicado por las cortes inglesas y aceptado por ciertos doctrinarios al momento de analizar este tipo de peticiones. Como señaló el tribunal al resolver ese caso, la excepción de orden público «concilia dos principios contrapuestos (e igualmente importantes): (i) los objetivos de reciprocidad y *res judicata* que subyacen a la doctrina de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras»; y (ii) la equidad para los litigantes.⁵⁰

⁴⁹ SMIT, Hans. *Op. cit.*, p. 306.

⁵⁰ 48 Pemex II, *supra*, en 106.

Las políticas pro arbitraje deben incorporarse a la mezcla, ya que cualquier decisión relativa al proceso arbitral puede influir sustancialmente en el enfoque estadounidense hacia el arbitraje internacional. Dependiendo de la apreciación del tribunal de estos valores contrapuestos, concederá o denegará la petición de ejecución.

En este escenario, la presencia de las nociones de sesgo local y abuso soberano dentro de los hechos de una petición de ejecución de un laudo anulado probablemente influirá en ambos lados de la ecuación. Por un lado, privilegiar una sentencia de anulación dictada por un tribunal parcial perjudica las políticas pro arbitraje y de equidad, ya que destruye dos de los valores inherentes al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas y expone al acreedor del laudo a la injusticia de una justicia autoimpuesta. Por otro lado, el sesgo local exige que se disminuya las preocupaciones de reciprocidad tanto desde el punto de vista estructural como sustantivo.

4.1. La influencia del concepto de sesgo local en las políticas pro arbitraje y de equidad

Los conceptos de sesgo local y abuso soberano desempeñaron un papel sustancial en la configuración del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. De hecho, la neutralidad y la presunción de ejecutabilidad de los laudos arbitrales, dos de los valores fundamentales del arbitraje, no pueden entenderse sin hacer referencia a estos conceptos. Los empresarios internacionales suelen elegir el arbitraje buscando la neutralidad y esperando evitar la «justicia casera».⁵¹ Preocupados por la parcialidad de las cortes en favor de sus compatriotas, las partes de las

⁵¹ DRAHOZAL, Christopher R. «Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach». En *American Review of International Arbitration*, 2000, n.º 4, vol. 11, pp. 451, 465 («Las partes de los contratos internacionales no suelen acordar el arbitraje porque tenga costos de resolución de conflictos inferiores a los del litigio. Por el contrario, el amplio uso de las cláusulas compromisorias en los contratos internacionales se debe en gran medida a sus mayores beneficios disuasorios. El arbitraje evita la “justicia casera”, sustituyendo el litigio en uno u otro (o ambos) de los tribunales de origen de las partes por una decisión neutral en el arbitraje». La traducción es propia).

transacciones comerciales internacionales instintivamente querrán evitar que cualquier disputa futura sea dirimida por los tribunales de origen de sus socios comerciales.⁵² Como contrapartida, el arbitraje es visto como un foro neutral, en el que las partes podrán presentar su caso y las pruebas que soporten su posición frente a un tercero objetivo e imparcial.

No se puede subestimar la importancia de los acuerdos de arbitraje en los contratos transnacionales. Las cláusulas de arbitraje mitigan los riesgos creados por una impartición de justicia parcial, los mismos que de otro modo podrían desincentivar a un inversionista extranjero de perseguir valiosas oportunidades de negocio.⁵³ La necesidad de contar con un foro o sede neutral es especialmente fuerte cuando una de las partes es una entidad estatal. Ciertamente, «las preocupaciones sobre el sesgo local y el parroquialismo en el lugar de los hechos no pueden ignorarse por completo cuando está involucrada una entidad de propiedad estatal».⁵⁴ Como es de esperarse, en los países en los que la división de poderes es una mera ilusión, los jueces podrían enfrentarse a serias presiones para resolver una disputa en favor de la entidad estatal frente a un inversionista extranjero.⁵⁵

⁵² Ver Gary B. *Op. cit.*, p. 75 (explicando que «El arbitraje internacional permite a las partes desempeñar un papel importante en la selección de los miembros del tribunal [arbitral] [...] reduciendo los riesgos de parcialidad o de prejuicio parroquial»). Ver Gaillard, GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 670 («señalando que los casos recurrentes de parcialidad a favor de las empresas locales durante los procedimientos de ejecución es uno de los principales problemas en el arbitraje»). La traducción es propia).

⁵³ LELUTIU, Radu. *Op. cit.*, p. 347 («En un mundo de cambios en los paradigmas políticos, no se puede subestimar la importancia de asegurar un foro neutral e imparcial para resolver las disputas sobre inversiones transnacionales. No cabe duda de que los inversores occidentales que desean aprovechar las oportunidades de negocio en el extranjero se ven a menudo disuadidos por leyes arcaicas y parciales dictadas arbitrariamente por instituciones locales parciales encargadas de hacer cumplir la ley»). La traducción es propia).

⁵⁴ SILBERMAN, Linda y Nathan YAFFE. *Op. cit.*, p. 810. La traducción es propia.

⁵⁵ MORKIN, Michael L.; BERGHOFF, Ethan A. y Richard S. PIKE. «Doing Business with Foreign Sovereign Entities: Who Are They and What Are the Risks?». En *Business Law Today*, 2007, n.º 17, pp. 43, 45. («Las empresas estadounidenses deben evaluar desde el principio dónde y cómo se resolverán las futuras disputas, teniendo siempre en cuenta las limitaciones establecidas por la legislación local del lugar de origen. Si bien esto es cierto en cualquier transacción internacional, es aún más crítico cuando se trata de soberanías extranjeras involucradas. La separación de poderes en el corazón de nuestro gobierno se da a menudo por sentada. Sin

Si bien es cierto que el arbitraje internacional elimina la posibilidad de que las cortes nacionales resuelvan el fondo de la disputa, de todos modos, los tribunales de la sede a la que pertenece alguna entidad estatal pueden incidir fuertemente en los procedimientos arbitrales. En efecto, aunque las entidades estatales accedan a arbitrar sus disputas, dichas entidades las mayorías de las veces exigen que la sede de los arbitrajes a los que se someten se encuentre en su propio territorio, así como que la disputa sea regida por sus propias leyes, como una condición indispensable para celebrar alguna operación con algún socio extranjero.⁵⁶ En consecuencia, los tribunales del territorio de las entidades estatales, a pesar de la reducción de su jurisdicción en lo atinente al fondo de las disputas, aún pueden seguir desempeñando un papel importante en los procedimientos de anulación por ser las cortes competentes en la sede de los arbitrajes en cuestión.⁵⁷ Como lo explicó la corte que resolvió el caso *Commisa*, «la soberanía nacional es fuerte, y a veces da lugar a intervenciones judiciales, e incluso a anulaciones, de los procedimientos y laudos arbitrales».⁵⁸

La posible intervención de los tribunales locales en los procedimientos de anulación puede ser crítica y determinante para el resultado. En palabras de Gary Born: «la prueba definitiva de cualquier procedimiento de arbitraje es su capacidad para producir un laudo que, en su caso, será

embargo, muchos países carecen de una línea significativa entre los poderes judicial y ejecutivo. Esta falta de independencia con respecto a otros poderes públicos plantea problemas importantes a la hora de demandar a una entidad estatal». La traducción es propia).

⁵⁶ *Idem*, pp. 45-46.

⁵⁷ GREEN, Allen B.; O'BRIEN, William T. e Ivan W. BILANIUK. «The risks of arbitrating with foreign governments; Granting the sovereign its preferred "home court" advantage has perils that should be avoided but at a minimum understood». En *The National Law Journal* (En línea), 31 de mayo del 2010, pp. 1-2. Recuperado de <<https://www.dentons.com/en/~media/70f3c1e241064510ba191927b39deccc.ashx>> («Conforme a la Convención de Nueva York, un laudo arbitral sólo puede ser anulado por un tribunal de jurisdicción primaria, es decir, por los tribunales locales del lugar de la sede o cuyo derecho sustantivo se aplique al fondo del arbitraje. Por lo tanto, una entidad estatal podría recurrir a sus propios tribunales nacionales para anular un laudo adverso. Una empresa particular estaría en gran desventaja para defender su laudo ante los tribunales locales, especialmente si no hay un poder judicial independiente»). La traducción es propia.

⁵⁸ Pemex I, en 657. La traducción es propia.

reconocido y ejecutado en los tribunales nacionales pertinentes». ⁵⁹ Los laudos arbitrales carecerían de sentido si las partes no tuvieran la posibilidad de ejecutarlos. Por esta razón, la Convención de Nueva York pretende facilitar la ejecución de los laudos internacionales reduciendo la influencia de los tribunales nacionales para minimizar el sesgo judicial contra los inversionistas extranjeros. ⁶⁰ Concretamente, la Convención trata de minimizar el papel de los tribunales en la sede del arbitraje, precisamente porque es en la sede donde resultan relevantes y nocivos los conceptos de abuso de soberanía y de sesgo local.

Por ejemplo, la Convención de Nueva York reduce la influencia de la sede al eliminar el requisito de «doble *exequatur*» que previamente exigía la Convención de Ginebra. El «doble *exequatur*» significaba que antes de ejecutar un laudo en una jurisdicción secundaria en la que el deudor tuviera activos, la parte que prevaleciera en el arbitraje tenía que obtener la confirmación del laudo en la jurisdicción primaria. Este requisito abrió la puerta a tácticas dilatorias y procedimientos de anulación presentados por la parte perdedora en la sede del arbitraje y dejaba a la parte ganadora del arbitraje «vulnerable a la parcialidad de las cortes domésticas en la sede del arbitraje». ⁶¹ Similarmente, la reducida importancia de las cortes en la sede se muestra por el hecho de que la Convención otorga a las cortes en jurisdicciones secundarias la discreción para ejecutar los laudos anulados bajo los artículos V(1)(e) y VII(1) como se discutió anteriormente (*supra* punto 2).

El hecho de que los tribunales de ejecución tengan esta discreción sugiere que el Estado de ejecución es en sí mismo un fuerte punto de

⁵⁹ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 704.

⁶⁰ LELUTIU, Radu. *Op. cit.*, p. 349 («De hecho, uno de los propósitos de la Convención de Nueva York era garantizar que se minimizara el sesgo judicial local contra el arbitraje y el interés de los inversores extranjeros». La traducción es propia).

⁶¹ BIRD, Robert C. «Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a New York Convention». En *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2011, n.º 4, vol. 37, pp. 1013, 1026. Recuperado de <<https://core.ac.uk/download/pdf/151516525.pdf>>. La traducción es propia.

anclaje para un laudo extranjero y que la sede no tiene la única conexión legítima para determinar el destino de un laudo.⁶²

Sobre los dos puntos anteriores, los doctrinarios sostienen que no sería «legítimo conceder a los jueces de un Estado la facultad exclusiva de anular un laudo que tiene repercusiones en todo el mundo».⁶³ Esto sería especialmente preocupante cuando los tribunales de la sede ven el arbitraje con hostilidad o cuando todo el sistema judicial carece de los atributos necesarios para proporcionar un foro objetivo y neutral a las partes. Dar a los tribunales de anulación este poder sería especialmente perjudicial cuando se encuentran en el país de la parte que pierde el arbitraje.⁶⁴ Gary Born señala correctamente que la intención de los redactores de la Convención de Nueva York no pudo haber sido la de dar a las sentencias emitidas por los tribunales del Estado de origen del deudor del arbitraje el poder *erga omnes* de privar a los acuerdos de arbitraje y a los laudos de su fuerza vinculante.⁶⁵ Adoptar el punto de vista contrario «no puede considerarse seriamente como la intención de la Convención, ni se ajustaría a los principios básicos de equidad».⁶⁶

⁶² BARRY, Matthew. «The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts». En *Journal of International Arbitration*, 2015, n.º 3, vol. 32, pp. 289, 305. La traducción es propia.

⁶³ CLAY, Thomas y Sara MAZZANTINI. «Reasons and Incoherencies Regarding The Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards». En *Indian Journal of Arbitration Law*, 2018, n.º 7, vol. 141, p. 148. La traducción es propia.

⁶⁴ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 3639. («Además, sería profundamente perjudicial para el proceso arbitral internacional establecer que cualquier decisión de un tribunal nacional en la sede del arbitraje —incluso cuando la sede del arbitraje se encuentra en el Estado de origen (o en un Estado vecino) del deudor del laudo— tuviera el efecto de anular laudos procesalmente correctos con efecto internacional vinculante. Esto frustraría uno de los objetivos fundamentales del proceso arbitral que es evitar los complejos, largos e inciertos litigios en los tribunales nacionales que surgen de las disputas internacionales. Y lo que es más importante, tendría el resultado totalmente inaceptable de vincular todos los Estados contratantes a las decisiones de anulación de los tribunales nacionales, independientemente de la integridad de los procedimientos de anulación o de los motivos para concluir la anulación. Ésta no pudo haber sido la intención del Convención de Nueva York, ni tampoco se ajusta a los principios básicos de equidad». La traducción es propia).

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*. La traducción es propia.

Cuando los tribunales parciales de la sede anulan un laudo mediante una sentencia que posteriormente se reconoce en la jurisdicción de ejecución se pierde la neutralidad y la presunción de ejecutabilidad de los laudos arbitrales. En la medida en que los tribunales de las jurisdicciones de ejecución no incluyan las nociones de sesgo local y de abuso soberano en el análisis de las peticiones de ejecución de laudos anulados, disminuye la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Por lo tanto, las políticas pro arbitraje pueden ser fomentadas dando a ambos conceptos la debida importancia al considerar una petición de ejecución. Además, la equidad también se ve perjudicada cuando una decisión dictada por un adjudicador parcial o con un interés en juego tiene la última palabra en la disputa.

4.2. La influencia de la noción de parcialidad local en los principios de reciprocidad y res judicata

La reciprocidad es a menudo la principal razón por la que los tribunales determinan privilegiar la sentencia de anulación extranjera en lugar de favorecer el laudo arbitral. Bajo la creencia de que las sentencias dictadas por otro Estado merecen respeto y consideración, los tribunales no suelen estar dispuestos a cuestionar la decisión de un tribunal extranjero. Este comportamiento también se entiende para proteger la finalidad de los litigios. Como se ha mostrado anteriormente, la reciprocidad internacional tuvo un papel crucial en las decisiones analizadas anteriormente y fue destacada por los tribunales en los casos *Baker Marine* y *Thai-Lao* como la razón fundamental por la que optaron por dar preferencia a la sentencia de nulidad. Sin embargo, hay dos factores que demuestran que la preocupación por la reciprocidad debería ser menor a la hora de resolver una petición de ejecución de un laudo anulado y, más aún, ante la presencia de parcialidad local y el abuso de soberanía.

En primer lugar, como señaló el tribunal de *Chromalloy*, el arbitraje, como forma de resolución de controversias, es una «desviación de los

medios tradicionales de litigio». ⁶⁷ La intervención judicial en relación con los arbitrajes es distinta de la justicia ordinaria. En un litigio ordinario, una sentencia por la que un tribunal nacional decide el fondo del asunto tiene «toda la fuerza del sistema judicial de un Estado detrás» de la misma. ⁶⁸ En ese contexto, tiene sentido que un tribunal de una jurisdicción secundaria no esté dispuesto a llegar a una conclusión diferente de la contenida en una sentencia definitiva dictada después de un juicio completo, una amplia revisión de las pruebas y probablemente dos o tres grados de jurisdicción.

Sin embargo, las sentencias de anulación no comparten todas las características de una sentencia ordinaria. Por lo general, éstas derivan de procedimientos ágiles y expeditos y, lo que es más importante, «no deciden la controversia de nuevo, sino que evalúan la validez de la primera adjudicación y determinan sus efectos en el foro». ⁶⁹ Es importante destacar que la cuestión u objeto de la controversia en un procedimiento de anulación es el examen de la validez del laudo con arreglo al ordenamiento jurídico de la sede. Una sentencia con un alcance tan limitado no debería recibir el mismo grado de deferencia que una sentencia extranjera derivada de un proceso judicial ordinario.

Si bien podría argumentarse que cualquier anulación en virtud de las cuatro primeras causales del artículo V(1) estaría fomentando los estándares de anulación internacionalmente reconocidos, la verdad es que cualquier nulidad en virtud de esas causales que se derive de una aplicación irracional, parcial o manifiestamente incorrecta de la ley tendría exactamente el mismo efecto que anular los laudos en virtud de causales parroquiales o locales. ⁷⁰ Born argumenta que cuando el riesgo de parcialidad está presente, una revisión independiente de la aplicabilidad de

⁶⁷ RODRIGUEZ, Jessica. «Enforcement of Annulled Arbitral Awards in the United States: Is a Return to Chromalloy Warranted?». En *The Review of Litigation*, 2015, n.º 2, vol. 34, pp. 379, 420. La traducción es propia.

⁶⁸ *Ibidem*. La traducción es propia.

⁶⁹ SCHERER, Maxi. *Op. cit.*, p. 610. La traducción es propia.

⁷⁰ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 3636.

las excepciones del artículo V sería más beneficiosa para fomentar los propósitos de la Convención de Nueva York que privilegiar la sentencia de nulidad extranjera. En su opinión, eso eliminaría el riesgo de sesgo local y de una administración de justicia parcial, preocupaciones que «son especialmente agudas cuando son los tribunales de origen de una de las partes perdedoras en el arbitraje los que han anulado el laudo (como, tal vez previsiblemente, fue el caso en Chromalloy, Telcordia y TermoRio)».⁷¹ Tal conclusión se fortalece aún más si de hecho hay un principio pro arbitraje detrás del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

En segundo lugar, la reciprocidad exige «que los tribunales [...] reconozcan y respeten las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en la mayor medida posible de acuerdo con nuestros propios ideales de justicia y juego limpio».⁷² La cuestión que se plantea es qué ocurre cuando una sentencia de anulación refleja valores que no son coherentes con los promovidos por el país en el que se ejecutara el laudo. La sola existencia de una excepción de orden público para la ejecución de un laudo anulado demuestra que, si ése es el caso, las sentencias extranjeras merecen un menor grado de deferencia del que ordinariamente tienen.

El Restatement (Third) of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration reconoce que uno de los valores fundamentales arraigados en el sistema jurídico estadounidense es la independencia e imparcialidad del poder judicial. De acuerdo con el Restatement, el tribunal ejecutor puede ignorar la nulidad extranjera en presencia de ciertas circunstancias extraordinarias como, por ejemplo:

⁷¹ *Idem*, p. 3643. La traducción es propia. Ver BARKER, Victoria Aynne. «Protecting Against Protectionism: *Commisa v. Pemex*». En *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 2017, n.º 1, vol. 46, pp. 225, 254 («La reciprocidad internacional también es muy valorada tanto por los tribunales estadounidenses como por el sistema jurídico internacional. Sin embargo, la deferencia a la reciprocidad internacional anularía la capacidad de Estados Unidos de considerar la importancia de que las reclamaciones tengan un foro apropiado, o cualquier foro, cuando la anulación contradice principios judiciales clave, como los esbozados por el Distrito Sur de Nueva York y el Segundo Circuito en *Commisa v. PEP*»).

⁷² *Ackermann v. Levine*, 788 F.2d 830, 825 (2d Cir.1986). La traducción es propia.

[...] si el tribunal que ha anulado la sentencia se ha apartado a sabiendas y de forma flagrante de las normas que rigen la anulación en esa jurisdicción, o si otros hechos dan lugar a dudas sustanciales y justificables sobre la integridad o la independencia del tribunal extranjero con respecto a la sentencia en cuestión». ⁷³

Evidentemente, la integridad e independencia de los tribunales de la sede se ven comprometidos en aquellos casos en los que el sesgo local y el abuso de soberanía se encuentran presentes.

En ese orden de ideas, los doctrinarios han reconocido que siempre que un tribunal atienda una petición de ejecución de un laudo anulado debe tenerse en cuenta especialmente si la nulidad fue declarada por un Poder Judicial independiente. ⁷⁴ Según Julio César Rivera:

[...] parece haber una diferencia relevante —como bien señala el tribunal en el caso *Thai-Lao*— entre una decisión de nulidad emitida por un tribunal judicial neutral —en el sentido de que el país que acoge el arbitraje es diferente al de las nacionalidades de las partes— y una decisión de anulación que beneficia a una empresa estatal del país anfitrión. ⁷⁵

En este último caso, los tribunales de ejecución deben examinar detenidamente la anulación, ya que hay poderosas razones para considerar que fue producto de una influencia indebida de la entidad estatal sobre los tribunales de la sede. ⁷⁶

⁷³ Restatement (Third) of the U. S. Law of Int'l Comm. and Investor-State Arb. § 4.14 (2019), Reporter's Note Comment d. La traducción es propia.

⁷⁴ RIVERA, Julio C. «La ejecución de laudos anulados y la convención de Nueva York, tres perspectivas diferentes». En *Derecho y Ciencias Sociales*, 2015, n.º 13, p. 110.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*. Ver BARKER, Victoria Aynne. *Op. cit.*, p. 259 («El arbitraje permite a las partes seleccionar un foro que limite los prejuicios nacionales y fomente decisiones imparciales. La imparcialidad no está garantizada cuando se deja que los tribunales locales resuelvan una disputa entre una parte local y una parte extranjera. Incluso, teniendo en cuenta los principios de reciprocidad internacional, confirmar la decisión del tribunal mexicano de anular el laudo de Commisa habría socavado la política de los Estados Unidos de diferir las expectativas de las partes en el momento de la contratación, pues las partes contrataron explícitamente el arbitraje para resolver cualquier disputa que pudiera surgir». La traducción es propia).

Teniendo en cuenta lo anterior, la reciprocidad debería ser un problema menor cuando la nulidad es probablemente producto de un tribunal parcial. Ya sea por el alcance limitado de una sentencia de anulación o por el mayor grado de escrutinio que merece la resolución cuando existe la posibilidad de que haya sido producto de un sesgo local, los tribunales de ejecución deberían conceder un menor grado de deferencia a la sentencia extranjera de nulidad cuando ésta favorece a la parte de proveniente del Estado anfitrión y, especialmente, a una entidad gubernamental frente a un inversionista privado extranjero.

4.3. Conclusión

Como se ha demostrado en las dos secciones anteriores, la consideración expresa de las nociones de sesgo local y abuso de soberanía dentro de un procedimiento de anulación puede desempeñar un papel sustancial en la decisión de un tribunal que esté analizando si se cumple la excepción de orden público para el reconocimiento de una sentencia de anulación. Cuando estén presentes estos conceptos probablemente exigirán dar mayor peso a los valores de equidad y pro arbitraje, y reducir la importancia de reciprocidad y de *res judicata*. El uso de este marco evitará que los tribunales lleguen a resultados injustos y den demasiada importancia a una sentencia extranjera que no refleja los mismos valores que el sistema jurídico en el que se pretenda ejecutar el laudo anulado.

5. OPORTUNIDADES PERDIDAS Y LA NECESIDAD URGENTE DE IMPLEMENTAR UN MARCO LEGAL CLARO PARA LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS

Como se demostró en los puntos 3 y 4, los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía han desempeñado un papel importante en la forma en que los tribunales han resuelto los principales casos sobre la ejecución de laudos anulados en Estados Unidos, una jurisdicción de la mayor relevancia para el análisis del tema que nos ocupa. Además, dar la debida importancia a estos conceptos es necesario porque probablemente

influirán de manera preponderante en la forma en que el juez justiprecie los distintos valores en juego al resolver las peticiones de ejecución de laudos anulados.

Sin embargo, inexplicablemente, las sentencias más emblemáticas desafortunadamente no han incorporado de manera clara y expresa dichos conceptos en sus análisis sobre la ejecutabilidad de los laudos anulados puestos a su consideración. Lo más lamentable es que, en el caso *Commisa*, el Segundo Circuito no incorporó expresamente en su sentencia su objetivo de evitar la imposición de «justicia casera» en favor del Estado y en perjuicio del inversionista extranjero, a pesar de ser éste el motor detrás del sentido de su decisión. Peor aún, antes de resolver la apelación se pidió al Segundo Circuito que articulara un marco o estándar que permitiera establecer lo que a su juicio constituiría una «razón adecuada» para la ejecución de un laudo anulado, con el fin de dotar de mayor contenido a la decisión adoptada en *Baker Marine*. El estándar que se sugirió al tribunal expresamente incluía al concepto de «justicia casera» como uno de los factores relevantes para el análisis.

En efecto, la Cámara de Comercio de Estados Unidos presentó un informe *amicus* en el que abogaba por la ejecución del laudo dictado en favor de *Commisa*. Según la Cámara, el caso era especialmente importante para el desarrollo del comercio en el país porque «una interpretación adecuada de la ley que rige la ejecución de los laudos arbitrales internacionales garantiza que la participación del Estado no socave los beneficios del arbitraje internacional que promueven el comercio».⁷⁷

La Cámara de Comercio señaló que el Segundo Circuito no había explicado previamente qué factores podían constituir una razón válida y justificada para ejecutar un laudo anulado. Por lo tanto, la Cámara sugirió al tribunal que adoptara un marco similar al desarrollado en el caso

⁷⁷ Escrito para la Cámara de Comercio de los Estados Unidos como *amicus curiae* apoyando a la demandante-apelante, *Pemex II*, en p. 3. La traducción es propia.

Europcar, que versa sobre la posibilidad de suspender los procedimientos de ejecución cuando se encuentre pendiente una acción de nulidad.⁷⁸ La Cámara consideró que dicho estándar era particularmente apropiado porque equilibraba las políticas pro arbitraje en contra de la posibilidad de resultados contradictorios y la reciprocidad internacional, es decir, los mismos valores que colisionan en las peticiones de ejecución de laudos anulados.⁷⁹ Así, el estándar propuesto por la Cámara de Comercio incluía cinco factores diferentes: (i) los objetivos generales del arbitraje; (ii) el nivel de escrutinio otorgado en los procedimientos extranjeros; (iii) las características de los procedimientos extranjeros; (iv) si la sentencia de anulación tendría derecho a los estándares de reconocimiento o ejecución aplicables en un tribunal de los Estados Unidos; y, (v) cualquier circunstancia adicional relevante que pudiera inclinar la balanza a favor o en contra de la ejecución.

Según la Cámara de Comercio, la importancia del tercer factor radica en el hecho de que cuando una entidad estatal está implicada en un procedimiento ante los tribunales de su Estado de origen existe el riesgo de que los tribunales actúen de manera parcial y la favorezcan en sus pretensiones frente a contrapartes extranjeras.⁸⁰ En opinión de la Cámara, las sentencias de anulación deben ser examinadas con mayor detenimiento cuando favorecen a una entidad estatal, lo que se encuentra en línea con las ideas que hemos explorado en torno al control o influencia que dichas entidades pueden ejercer sobre las cortes de la sede.⁸¹ Además, la Cámara subrayó que, siguiendo el precedente sentado en el caso *Scherk*, privilegiar una sentencia de anulación dictada por los tribunales de origen de una de las partes perjudicaría el comercio internacional y el intercambio, así como la capacidad general de los empresarios

⁷⁸ *Idem*, p. 12.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Idem*, p. 16.

⁸¹ *Ibidem* («Cuando los propios tribunales del Estado anulan un laudo a petición de una entidad estatal, los tribunales de otros países deben examinar detenidamente la sentencia en cuestión». La traducción es propia).

para celebrar acuerdos comerciales internacionales.⁸² Aplicando este criterio al caso que le ocupaba, la Cámara señaló que el Segundo Circuito debía analizar la sentencia de anulación con escepticismo, en atención a que había sido dictada por los tribunales de México, el país del cual Pemex es originaria. La Cámara destacó que los efectos de la anulación eran aún más perjudiciales porque se basaba en la aplicación retroactiva de la ley y dejaba efectivamente a Commisa sin foro.

En caso de adoptar el estándar o marco sugerido por la Cámara de Comercio o cualquier otro que definiera claramente los factores que deben sopesarse para determinar si existe una razón adecuada para confirmar un laudo anulado, el Segundo Circuito hubiera podido proporcionar una orientación muy necesaria a los tribunales inferiores, los litigantes y los empresarios sobre el tema. Esta guía hubiera, a su vez, servido a los tribunales alrededor del mundo para empezar a construir y delimitar un estándar claro, fundado en los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía, para poder enfrentar de manera más certera y consistente las peticiones de ejecución relacionadas con laudos anulados. Sin embargo, aunque llegó al resultado correcto, el Segundo Circuito basó su decisión en Commisa en el estricto estándar de «contravención al orden público» desarrollado en TermoRio en lugar del criterio más indulgente de «razón adecuada» de Baker Marine. Además, el Segundo Circuito se basó en circunstancias muy específicas del caso que demostraban que la deferencia a la sentencia mexicana de anulación violaría las concepciones básicas de la justicia, sin siquiera elaborar de manera precisa los componentes estándar de ejecución. Y lo que es más importante, aunque los conceptos de abuso de soberanía y sesgo local estuvieran presentes a lo largo de la decisión, no pasó de ser una teoría subyacente, puesto que el tribunal se abstuvo de referirse de manera expresa a dichos conceptos como los pilares que inspiraban su resolución. La falta de claridad en la decisión del Segundo Circuito ha hecho que los tribunales inferiores pasen por alto la lección fundamental proporcionada por Commisa: los tribunales

⁸² *Ibidem*.

no deben tener una especial deferencia frente a sentencias de anulación extranjeras que hayan sido dictadas por tribunales locales en favor de entidades estatales bajo circunstancias sospechosas.

Los demandantes en el caso *Esso Exploration and Production Nigeria Limited, et al. v. Nigerian National Petroleum Corporation* sufrieron recientemente las consecuencias de que el Segundo Circuito se abstuviera de articular una guía clara para la ejecución de laudos anulados cuando el Distrito Sur de Nueva York concedió la solicitud de su contraparte para desestimar la petición de ejecución de un laudo anulado. El litigio surgió de un acuerdo de producción de petróleo entre Esso y NNPC, una entidad estatal nigeriana, celebrado en 1993. Según el acuerdo, Esso tenía la obligación de explorar, desarrollar y extraer petróleo en Nigeria a cambio del derecho a compartir parte de los beneficios con NNPC.⁸³

Esso invirtió más de 6000 millones de dólares en el proyecto durante trece años. Sin embargo, motivado por el aumento de los precios del petróleo, en 2007 el presidente nigeriano creó un comité que determinaría si NNPC debió recibir más petróleo con motivo de la ejecución de su acuerdo con Esso. En febrero de 2008, el comité emitió un informe en el que concluía que NNPC se había visto privada de casi 650 millones de dólares de beneficios que supuestamente le correspondían al amparo del contrato. En mayo de 2008, el gobierno recomendó a NNPC que exigiera más petróleo de Esso para cubrir esa pérdida.⁸⁴ Sin embargo, NNPC ya había estado levantando más petróleo en detrimento de Esso a través de diferentes medidas puestas en marcha desde finales de 2007. Estas acciones llevaron a Esso a iniciar un arbitraje. El tribunal confirmó su jurisdicción y concedió a Esso casi 1800 millones de dólares por concepto de indemnización por el exceso de petróleo que NNPC había levantado con motivo del proyecto.

⁸³ *Esso Exploration & Production Nigeria Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, 397 F. Supp. 3d 323, 329 (S. D. N. Y. 2019) (en adelante, *Esso I*).

⁸⁴ *Idem*, p. 330.

NNPC inició un litigio ante los tribunales nigerianos. En primer lugar, el Tribunal Superior permitió que la autoridad fiscal nigeriana, la FIRS, suspendiera el arbitraje, a pesar de que ya había finalizado. En segundo lugar, el Tribunal Superior acogió la petición de NNPC de anular el laudo, razonando que el asunto era una disputa fiscal.⁸⁵ Esso recurrió la sentencia de nulidad. El tribunal de apelación estuvo de acuerdo en que el arbitraje se refería a una disputa fiscal y confirmó la anulación. Además, aunque restituyera a Esso las porciones no monetarias del laudo al reconocer que NNPC había incumplido sus obligaciones, el tribunal de apelación determinó que no estaba facultado para conceder a Esso los daños y perjuicios que dichas violaciones contractuales le habían causado.⁸⁶ Teniendo en cuenta que las sentencias establecían que Esso debía presentar sus reclamaciones ante los tribunales nigerianos, Esso presentó una demanda solicitando una indemnización por los daños y perjuicios que había sufrido. Sin embargo, la demanda fue desestimada por las cortes nigerianas al considerar que ésta constituía un abuso de proceso porque había recursos pendientes en relación con la sentencia de nulidad del laudo.⁸⁷

Tras enfrentarse a estos obstáculos ante los tribunales nigerianos, Esso presentó una petición para ejecutar el laudo anulado en el Distrito Sur de Nueva York. En respuesta, NNPC solicitó la desestimación de la petición con base en diferentes motivos, entre ellos que el laudo no era susceptible de confirmación por haber sido anulado por los tribunales nigerianos. El tribunal rechazó la impugnación jurisdiccional de NNPC tras constatar que NNPC era un *alter ego* de Nigeria y, alternativamente, que NNPC tenía contactos mínimos suficientes para satisfacer los requisitos del debido proceso en materia jurisdiccional. A continuación, el tribunal analizó los tres argumentos esgrimidos por Esso: (i) que la parte del laudo relativa a la responsabilidad había sido restablecida; (ii) que el caso era análogo al de Commisa; y (iii) que Nigeria no le había otorgado

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Idem*, p. 331.

⁸⁷ *Ibidem*.

a Esso un debido proceso. En relación con el primer argumento, el tribunal razonó que carecía de autoridad para resucitar el laudo anulado de conformidad con la Federal Arbitration Act.⁸⁸ En respuesta al segundo argumento, el tribunal analizó si el laudo debía ser ejecutado siguiendo el precedente sentado por Commisa. El Distrito Sur de Nueva York señaló en primer lugar que una sentencia extranjera es contraria al orden público y, por tanto, inejecutable cuando viola las nociones fundamentales de lo que es decente y justo. A continuación, la corte observó que el estándar es alto y no se cumple con frecuencia. Según la corte, para determinar si una sentencia extranjera de anulación ofende las nociones básicas de justicia, tenía que analizar si las cuatro consideraciones abordadas en Pemex también estaban presentes en este caso.⁸⁹

En primer lugar, la corte razonó que, a diferencia de lo que ocurrió en Commisa, el demandado en el arbitraje había impugnado la competencia del tribunal utilizando los mismos argumentos que posteriormente recogieron los tribunales nigerianos que anularon el laudo. Después, considerando que el acuerdo no exigía inequívocamente la tramitación de un arbitraje frente al tipo de disputa que se suscitó, el Distrito Sur de Nueva York concluyó que la ejecución del laudo no ayudaría a la reivindicación de los compromisos contractuales asumidos entre las partes.

En segundo lugar, la corte señaló que Esso no argumentó que los tribunales nigerianos aplicaran retroactivamente la ley para anular el laudo, sino que se apartaron de los precedentes constitucionales aplicables para concluir que la disputa no era arbitrable. La corte determinó que los tribunales nigerianos llegaron a su conclusión sobre la no arbitrabilidad interpretando cuatro instrumentos jurídicos y no sólo la Constitución, que era la base del argumento de Esso. Según la decisión, la

⁸⁸ *Idem*, p. 350.

⁸⁹ *Idem*, p. 351 («En referencia a la reivindicación de los compromisos contractuales, la aplicación retroactiva de la ley, la necesidad de que todas las reclamaciones encuentren un foro y la expropiación sin compensación». La traducción es propia).

judicatura nigeriana se basó principalmente en la ley de arbitraje para llegar a una determinación que no podía ser revisada por los tribunales estadounidenses, puesto que la misma se basaba en la interpretación del derecho nigeriano.⁹⁰

En tercer lugar, la corte razonó que este caso se distinguía aún más de *Commisa* en atención a que Esso no podía alegar que se había quedado sin foro para presentar sus reclamos. Lo anterior, toda vez que Esso aún contaba con recursos pendientes ante los tribunales nigerianos y no había ningún indicio concluyente que indicara que no tuviera posibilidades de ganar en ese foro.⁹¹

En cuarto lugar, la corte señaló que Esso no planteó la preocupación de una expropiación sin compensación, incluso cuando los hechos del caso mostraban que NNPC, un *alter ego* de Nigeria, privó a Esso de beneficios al redistribuir la cantidad de petróleo que adquiriría en virtud del contrato.⁹²

El Distrito Sur de Nueva York concluyó que, a pesar del hecho de que los tribunales nigerianos habían dictado sentencias «aparentemente anómalas» y que NNPC tenía una relación de *alter ego* con Nigeria, el caso no planteaba las mismas preocupaciones que motivaron la decisión del Segundo Circuito en *Commisa*. Teniendo en cuenta todos estos factores, la corte sostuvo que, aunque se trataba de «una decisión difícil», la sentencia de anulación nigeriana no ofendía el orden público estadounidense y, por tanto, debía rechazarse el segundo argumento esgrimido por Esso para lograr la ejecución.⁹³

A la corte tampoco le convenció el tercer argumento de Esso, según el cual los tribunales nigerianos le habían negado un debido proceso. El

⁹⁰ *Idem*, p. 352.

⁹¹ *Idem*, p. 353.

⁹² *Idem*, p. 354.

⁹³ *Idem*, p. 355. La traducción es propia.

Distrito Sur de Nueva York observó que ninguna jurisprudencia respaldaba la posición de Esso que experimentar retrasos sustanciales en el procedimiento judicial equivalía a una violación del derecho al debido proceso. Además, la corte rechazó la noción que enfrentarse a dificultades para cobrar una eventual sentencia nigeriana violaba el debido proceso, tanto porque Esso podía convertir una sentencia extranjera en una sentencia estadounidense como por el hecho de que Esso había ejecutado un contrato en Nigeria, había elegido el arbitraje en Nigeria bajo las leyes nigerianas y había intentado confirmar el laudo en Nigeria. Considerando que todos los argumentos de Esso habían sido rechazados, la corte acogió la petición de desestimar la solicitud de ejecución presentada por Esso.

En nuestra opinión, esta decisión es fundamentalmente errónea y debe ser revocada, lo que podría constituir un primer y ejemplificativo paso para establecer un estándar para el análisis de peticiones de ejecución de laudos anulados que podría ser replicado alrededor del mundo. El Distrito Sur de Nueva York *no vio la película completa*. Nada en la decisión de Commisa sugiere que los cuatro factores analizados por el Segundo Circuito fueran las únicas consideraciones relevantes para evaluar si se cumplía la excepción de orden público. El análisis de esos cuatro factores específicos fue la forma que el Segundo Circuito eligió, en dicho precedente, para demostrar que el reconocimiento de la sentencia de anulación mexicana ofendería las normas básicas de justicia. Sin embargo, el Segundo Circuito en ningún momento sostuvo que el análisis relativo a la posibilidad de ejecutar un laudo anulado debía limitarse a esos cuatro factores. Por el contrario, la excepción de orden público debe ser flexible por naturaleza, ya que refleja valores que cambian a lo largo del tiempo. Según el profesor George Bermann, «sería contrario a la naturaleza y la función de la excepción de orden público que los tribunales tuvieran que emplear una prueba rígida que podría no tener en cuenta todas las circunstancias apremiantes, especialmente cuando el tribunal de Pemex no dio ninguna indicación de que ésa fuera

su intención».⁹⁴ En consecuencia, al decidir si una sentencia de nulidad extranjera es coherente con el orden público, un tribunal debe mirar las circunstancias específicas del caso, en lugar de mirar a cualquier conjunto predeterminado de factores, como hizo la corte de distrito al resolver Esso.

Los hechos particulares de este caso exigen que se adopte una conclusión diferente. En primer lugar, una persona que no fue parte del arbitraje, como la autoridad fiscal nigeriana, intentó con éxito suspender el procedimiento arbitral a través de los tribunales nigerianos. En el curso de ese procedimiento en particular, el Tribunal Superior de Nigeria declaró que una de las razones para conceder la petición era que «cualquier determinación de las cuestiones planteadas en [el Arbitraje] y el [L]audio [...] también afectará negativamente a los ingresos que se acumularían y/o que se habían acumulado»⁹⁵ para Nigeria, una conclusión que muestra indiscutiblemente que la decisión intentaba proteger los intereses del Estado. Luego, en la decisión de anulación, el Tribunal Superior de Nigeria copió y pegó una parte sustancial de la sentencia relativa a la suspensión del arbitraje⁹⁶ y sostuvo que todo el litigio giraba en torno a una cuestión de naturaleza fiscal, cuando lo cierto es que había otros aspectos comerciales.⁹⁷ En la segunda instancia, el Tribunal de Apelación sostuvo extrañamente que NNPC era contractualmente responsable frente a Esso, pero se consideró incompetente para conceder una indemnización en su favor por los daños y perjuicios que sufrió, toda vez que hacerlo constituiría una devolución de impuestos.⁹⁸ Además, cuando Esso siguió la vía señalada por los tribunales nigerianos presentando una demanda por daños y perjuicios en Nigeria, el Tribunal Superior deses-

⁹⁴ Escrito por George Bermann como *amicus curiae* apoyando a la Demandante-Appelante, Esso, en p. 12. La traducción es propia.

⁹⁵ Escrito para los demandantes-apelantes Esso Exploration And Production Nigeria Limited, y ShellNigeria Exploration And Production Company Limited, Esso I en p. 16.

⁹⁶ Ver Esso en p. 331.

⁹⁷ Demandantes en p. 55.

⁹⁸ *Idem*, p. 20.

timó la reclamación y la consideró un abuso de proceso, lo que prácticamente tiró por los suelos las esperanzas de Esso de llegar a cobrar una indemnización.⁹⁹ Adicionalmente, Esso había aportado testimonios de expertos y testigos que concluían que, como consecuencia del valor de los intereses en disputa, los tribunales nigerianos eran incapaces de actuar con imparcialidad y de conceder una indemnización multimillonaria en favor de un inversionista extranjero. Para apoyar aún más sus conclusiones, los peticionarios presentaron un estudio que concluía que durante un periodo de dieciocho años, ningún tribunal nigeriano había ordenado a NNPC el pago de daños y perjuicios en favor de un inversionista ni había ejecutado laudo arbitral con valor pecuniario en contra de NNPC.¹⁰⁰ La tónica en todas estas situaciones es, muy probablemente, una sede cooptada y subordinada a los intereses estatales, donde Nigeria podía abusar de su soberanía en perjuicio de Esso.

En lugar de ceñirse a los cuatro factores analizados en el caso *Commisa*, el Distrito Sur de Nueva York debería haber adoptado un enfoque más «holístico», basado en la totalidad de las circunstancias del caso, el cual le hubiera permitido determinar si la deferencia en favor de la sentencia de nulidad nigeriana resultaba contraria a las nociones básicas de justicia y, por tanto, al orden público.¹⁰¹ Destacadamente, si el juez hubiera prestado la debida atención a los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía, las cuales constituían los principios que subyacían a la decisión adoptada en *Commisa*, muy probablemente se habría determinado que se actualizaba la excepción de orden público y, por lo tanto, que resultaba procedente acoger la petición de ejecución del laudo a pesar de que éste hubiere sido anulado por las cortes nigerianas.

Las circunstancias fácticas descritas anteriormente suscitan, al menos, sospechas justificadas de que los tribunales nigerianos comprometieron su imparcialidad a fin de eximir a NNPC de su obligación de pagar

⁹⁹ Ver Esso *supra* nota 82 en 330.

¹⁰⁰ Demandantes *supra* nota 94 en 51.

¹⁰¹ Ver Bermann, *supra*.

casi 2000 millones de dólares en favor de un inversionista extranjero. La propia Corte de Distrito reconoció que las sentencias nigerianas eran «aparentemente anómalas» y subrayó la cercanía de NNPC con el gobierno nigeriano al considerar que la primera era un *alter ego* del segundo. En este contexto, el reconocimiento de una sentencia de nulidad proveniente de un poder judicial cuya independencia se encuentra en entredicho y que fue dictada en circunstancias sospechosas, debería considerarse contraria al orden público y, por lo tanto, contraria a los principios que inspiraron decisiones como *Commisa*.

Concretamente, al conceder la petición de desestimación y dejar que NNPC se aproveche de los fallos dictados por un adjudicador parcial, la corte priva al arbitraje de su eficacia como mecanismo de resolución de controversias. Confiar en el Poder Judicial nigeriano y considerar que Esso tiene posibilidades de prevalecer en suelos nigerianos frente a una entidad estatal como NNPC es una postura ingenua. De confirmarse esta decisión, los inversionistas de todo el mundo compresiblemente pensarán dos veces antes de firmar contratos con Estados extranjeros o sus entidades y dependencias. Asimismo, las entidades estatales alrededor del mundo tendrán un incentivo perverso para eludir sedes neutrales y presionar a su propia judicatura para que anule laudos desfavorables, partiendo de la premisa de que incluso en jurisdicciones de vanguardia y destacadamente pro arbitraje como Nueva York muy probablemente se reconocerá la definitividad y vinculatoriedad de una sentencia completamente sesgada. De ahí la importancia de repensar y replantear los estándares con base en los cuales se analizan las peticiones de ejecución de laudos anulados, particularmente en jurisdicciones tan importantes como Nueva York. Mediante la comprensión de la posibilidad de un procedimiento de nulidad viciado en una sede cooptada, pueden utilizarse los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía para brindar mayor claridad y un sentido de justicia a este tipo de análisis por parte de los jueces que deben decidir si ejecutar un laudo anulado en su jurisdicción. A nuestro juicio, la incorporación de dichos conceptos no sólo dotará mayor profundidad al análisis de los jueces, sino que también

permitirá evitar que se dicten sentencias como las de Esso, las cuales contravienen los principios más básicos que inspiran al arbitraje comercial en general.

6. CONCLUSIÓN

Frente a una petición de ejecutar un laudo anulado, los tribunales enfrentan la difícil tarea de elegir entre dos caminos contrapuestos: el laudo original o la sentencia de nulidad. Las políticas pro arbitraje y de equidad exigen que se prefiera la primera, mientras que los principios de reciprocidad y *res judicata* abogan por la segunda. Los tribunales de todo el mundo, y destacadamente los de los Estados Unidos, han resuelto esta cuestión de forma diferente a lo largo del tiempo y al día de hoy siguen evolucionando sus criterios en relación con este tema.

Sin embargo, un análisis de las decisiones más emblemáticas sobre la ejecución de laudos anulados en Estados Unidos revela un punto en común: todos esos casos pueden entenderse y racionalizarse a partir de los conceptos de sesgo local y abuso soberano. En concreto, Chromalloy y Commisa, los dos únicos casos en los que se han concedido las peticiones de ejecución, implicaban a entidades estatales que buscaron con éxito refugio en sus propios tribunales para anular laudos que les obligaban a pagar millones de dólares en favor de inversionistas extranjeros. Otros casos en los que se denegaron las peticiones, como Baker Marine y Thai-Lao, se distinguieron por el hecho de que no implicaban a partes de diferentes nacionalidades ni a un poder judicial cuya imparcialidad se encontraba comprometida. Asimismo, es notable que destacados comentaristas hayan expresado una opinión negativa sobre de la decisión en TermoRio, un caso en el que los tribunales colombianos parecen haber anulado el laudo sin ninguna razón válida para hacerlo y sólo para favorecer a la entidad estatal en perjuicio de un inversionista extranjero.

La incorporación de las nociones de sesgo local y abuso de soberanía en el análisis es valioso y necesario porque al actualizarse en algún

caso en específico, puede afectar sustancialmente la forma en que el juez aprecia los valores contrapuestos que entran en juego al analizar si conceder o denegar una petición de ejecución de un laudo anulado. Cuando se pasan por alto, los tribunales merman la eficacia del arbitraje y probablemente obligan a los inversionistas a litigar sus reclamos en los mismos tribunales que el acuerdo de arbitraje trató de excluir. Asimismo, si no se tienen en cuenta ambos conceptos, es probable que los jueces otorguen una deferencia inmerecida a una sentencia extranjera que en realidad tiene un alcance limitado y que resulta incompatible con los valores fundamentales perseguidos que inspiran al comercio internacional.

A pesar de lo anterior, los tribunales no han reconocido expresamente la importancia que los conceptos de sesgo local y abuso soberano han tenido en la forma en que han resuelto las peticiones de ejecución de laudos anulados. Esta omisión y la falta de un marco o estándar claro sobre cómo los tribunales deben tratar estas peticiones ha llevado a las cortes a decidir casos similares de forma injusta. En concreto, en el caso *Esso*, el Distrito Sur de Nueva York optó por reconocer una sentencia de nulidad «aparentemente anómala» dictada en favor de un *alter ego* de Nigeria en circunstancias muy sospechosas. Buena suerte para los inversionistas extranjeros que intentarán cobrar 2000 millones de dólares en casa de su contraparte.

Consideramos que la decisión tomada en *Esso* debe revocarse. El Segundo Circuito debería aprovechar esta situación para desarrollar un marco claro sobre cómo los tribunales deben tratar las peticiones de ejecución de laudos anulados, la que podría servirle de ejemplo al resto de los tribunales del mundo para sentar las bases de la construcción de un estándar para este tipo de casos. Esperamos que dicho estándar ayude a los tribunales a darse cuenta de que si el arbitraje ha de ser considerado como un mecanismo eficaz y objetivo de resolución de controversias, los laudos anulados deben ser ejecutados cuando la anulación haya sido emitida para beneficiar a la parte estatal en detrimento de los inversio-

nistas extranjeros, aprovechándose de los tribunales y de las instituciones de una sede cautiva y subordinada a los intereses estatales. En cualquier caso, con base en los conceptos de sesgo local y abuso de soberanía que exploramos a lo largo de este análisis podemos ver, a través de otro lente, el rol de la sede y su relación con las partes en el arbitraje, particularmente en los procesos de nulidad de los laudos arbitrales. El mayor control que tenga alguna de las partes sobre los tribunales de la sede debe, necesariamente, ser un factor determinante a tomar en consideración a propósito de cualquier petición de ejecutar un laudo anulado, particularmente cuando una entidad estatal está involucrada. Es difícil prevalecer en una disputa en *casa ajena* y, por eso, cuando ocurre, es necesario que los tribunales a quienes se encomienda la ejecución sean especialmente vigilantes para evitar la comisión de abusos, que tiran por la borda principios básicos que sostienen el arbitraje como lo son la neutralidad y ejecutabilidad de los laudos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARKER, Victoria Aynne. «Protecting Against Protectionism: *Commisa v. Pemex*». En *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 2017, n.º 1, vol. 46.

BARRY, Matthew. «The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts». En *Journal of International Arbitration*, 2015, n.º 3, vol. 32.

BIRD, Robert C. «Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a New York Convention». En *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2011, n.º 4, vol. 37. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/151516525.pdf>.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

BRAZ TEIXEIRA, Dinis. «Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards under the New York Convention». En *Indian Journal of Arbitration Law*, 2019, n.º 1, vol. VIII.

CLAY, Thomas y Sara MAZZANTINI. «Reasons and Incoherencies Regarding The Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards». En *Indian Journal of Arbitration Law*, 2018, n.º 7, vol. 141.

DRAHOZAL, Christopher R. «Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach». En *American Review of International Arbitration*, 2000, n.º 4, vol. 11.

GAILLARD, Emmanuel. «The Urgency of Not Revising the New York Convention / 50 Years of the New York Convention». En *Congreso ICCA*, 2009, n.º 14.

GREEN, Allen B.; O'BRIEN, William T. e Ivan W. BILANIUK. «The risks of arbitrating with foreign governments; Granting the sovereign its preferred “home court” advantage has perils that should be avoided but at a minimum understood». En *The National Law Journal* (En línea), 31 de mayo del 2010. Recuperado de <<https://www.dentons.com/en/~media/70f3c1e241064510ba191927b39deecc.ashx>>.

KOCH, Christopher. «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin». En *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 2, vol. 26.

LELUTIU, Radu. «Managing Requests for Enforcement of Vacated Awards Under the New York Convention. En *American Review of International Arbitration*, abril 2004, n.º 3, vol. 14.

MARTÍNEZ FRAGA, Pedro. *The American Influence on International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MORKIN, Michael L.; BERGHOFF, Ethan A. y Richard S. PIKE. «Doing Business with Foreign Sovereign Entities: Who Are They and What Are the Risks?». En *Business Law Today*, 2007, n.º 17.

PAULSSON, Jan. «The Case for Disregarding LSAs (Local Standard Annulments) Under the New York Convention». En *American Review of International Arbitration*, agosto 1996, n.º 2, vol. 7.

PENDA MATIPE, Jean Alain y Ndudi COUNCILLOR OLOKOTOR. «Chapter 4: Judicial Attitudes Towards the Enforcement of Annulled Awards». En ONYEMA, Emilia (editora). *Rethinking the Role of African National Courts in Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

RIVERA, Julio C. «La ejecución de laudos anulados y la convención de Nueva York, tres perspectivas diferentes». En *Derecho y Ciencias Sociales*, 2015, n.º 13

RODRIGUEZ, Jessica. «Enforcement of Annulled Arbitral Awards in the United States: Is a Return to Chromalloy Warranted?». En *The Review of Litigation*, 2015, n.º 2, vol. 34.

SCHERER, Maxi. «Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4.

SILBERMAN, Linda y Nathan YAFFE. «The US Approach to Recognition and Enforcement of Awards After Set-Asides: The Impact of the Pemex Decision». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40.

SLATER, Matthew D. «On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy». En *Arbitration International*, 2009, n.º 2, vol. 25.

SMIT, Hans. «Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: A Practical Perspective». En *American Review of International Arbitration*, enero 2009, n.º 3, vol. 18.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «When Is An Arbitral Award Non-Domestic under the New York Convention of 1958?». En *Pace Law Review*, 1985, n.º 6.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «Why Arbitration Will Be With Us Always». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 1999, n.º 4, vol. 65.

**LA ELECCIÓN DE ORDENAMIENTOS COMBINADOS:
LOS EFECTOS Y PROBLEMAS DE LA DOCTRINA
DEL *TRONC COMMUN* COMO MECANISMO
DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE
AL FONDO DE LA DISPUTA ARBITRAL**

Ricardo Andrés Padilla Parot *

Sumario: 1. Introducción: el arbitraje como el terreno neutral para resolver una disputa privada de carácter internacional.— 2. La autonomía privada en la elección del derecho aplicable al fondo del litigio.— 3. El *tronc commun* como búsqueda de un derecho neutral aplicable a la disputa.— 3.1. Sobre la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio.— 3.2. El silencio de las partes como factor clave en la determinación del derecho aplicable al fondo de la disputa.— 4. Efectos y problemas en la aplicación de la teoría del *tronc commun*.— 4.1. Cláusula de elección de derecho aplicable en el arbitraje *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co.* (1964).— 4.2. Cláusula de elección de derecho aplicable en el caso *Eurotúnel*.— 4.3. Las dificultades en la aplicación del *tronc commun*.— 5. Soluciones adoptadas en la jurisprudencia arbitral: la aplicación del *soft law*.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias bibliográficas.

* LL.M, International Dispute Resolution. King's College London.

1. INTRODUCCIÓN: EL ARBITRAJE COMO EL TERRENO NEUTRAL PARA RESOLVER UNA DISPUTA PRIVADA DE CARÁCTER INTERNACIONAL

El arbitraje ha sido reconocido internacionalmente como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que otorga a las partes un terreno neutral para someter su disputa.¹

En efecto, a nivel local o nacional las partes disponen —entre otras—, principalmente, dos alternativas: recurrir a los tribunales de justicia del país o iniciar un arbitraje conforme a las reglas del ordenamiento jurídico de aquel país. En el ámbito internacional, sin embargo, dicha alternativa no se presenta por una sencilla razón: la inexistencia de un tribunal internacional que disponga de competencia para conocer disputas de carácter comerciales entre particulares.

Entonces, ante la falta de un tribunal internacional, las partes de un contrato internacional se ven en una encrucijada de acción. Por un lado, optar por someterse a los tribunales de justicia del país de una de las partes contratantes. Sin embargo, en aquel escenario el procedimiento, el lenguaje e incluso los abogados habilitados para litigar en aquel particular país resultarán «extranjeros» para uno de los litigantes. Alternativamente, podrán escoger y recurrir a un arbitraje internacional, en el cual las partes —normalmente, de común acuerdo— modelarán la manera en que se substanciará el proceso, establecerán el modo en que se designará al tribunal arbitral y, especialmente importante para el presente artículo, determinarán el derecho aplicable al fondo de la controversia.

De allí que en doctrina internacional se haya señalado que, en muchas áreas del comercio internacional, el arbitraje internacional pareciese ser la única opción realmente viable para las partes disputantes. En especial, dado que los tribunales nacionales pueden ser considerados por

¹ REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 28-29.

alguna de las partes como desconocidos, inexpertos, poco confiables, ineficientes, parciales, susceptibles de presión o, simplemente, hostiles. Lo cierto es que a medida que el negocio en cuestión es más cuantioso, un tribunal nacional de una de las partes puede resultar menos apropiado, o un foro más riesgoso para los intereses de aquel otro disputante que dispondrá el carácter de parte internacional o «extranjera».²

De este modo, cuando los tribunales de un tercer país no pueden ser escogidos por las partes, el arbitraje internacional surge como un esencial mecanismo para sortear a los tribunales nacionales de los contratantes. Ésta es la principal razón por la que las partes optan por recurrir a este mecanismo de resolución de controversias, pues en aquél podrán definir el «terreno neutral» en que la disputa se desenvolverá. Aquello también explica porque en los negocios internacionales, a pesar de que las partes contratantes no disponen la calidad de nacionales del Reino Unido o de los Estados Unidos, someten sus controversias a un arbitraje con asiento en las ciudades de Londres o de Nueva York, en la búsqueda de ese terreno neutral (y, en muchos casos, más especializado) que parece dar más garantías de un procedimiento justo para las partes que uno sometido a los tribunales nacionales de una de aquéllas.

En este contexto, los intervinientes en el ámbito del comercio internacional (partes, abogados, árbitros, expertos, entre otros) deben abandonar su visión de que la ley de su propio país es la única ley que podría resultar aplicable a la controversia. Los potenciales sujetos de un arbitraje internacional deben estar preparados a aceptar que otros sistemas de derecho pueden, en algunos aspectos, resultar mejores que los propios.³

² LANDAU, Toby. «Arbitral lifelines: The protection of jurisdiction by arbitrators». En Van den Berg, Albert Jan (coordinador). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, p. 282.

³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of arbitral procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36, p. 1323.

Ahora bien, resulta bien sabido que las partes de un contrato internacional pueden, en razón de su autonomía privada, modelar libremente el contenido de sus acuerdos, asignando específicamente las responsabilidades, deberes y riesgos que cada una de ellas deberá asumir durante el cumplimiento del negocio jurídico. Sin embargo, dichos acuerdos no se encuentran desprendidos de un sistema legal que les resulte aplicables.⁴ Ésta es la ley de fondo (o, en inglés, *substantive law*, *aplicable law* o *governing law*), la que dice relación con aquel sistema de normas jurídicas que gobernará el surgimiento, validez, interpretación y ejecución de un particular acuerdo; los derechos y obligaciones de las partes; y las consecuencias de una infracción contractual.

Es así que el hecho de encontrar en el arbitraje internacional un terreno común en que la disputa de las partes tendrá lugar no constituye el fin del asunto. Muy neutral podrá ser someterse a un tribunal arbitral que no tiene ataduras directas a un sistema jurisdiccional nacional. Sin embargo, dicha neutralidad perdería lugar si para resolver la controversia se impusiese a una de las partes —sorpresivamente— el ordenamiento jurídico nacional de la otra. En aquel contexto, sólo una de las partes encontraría en la substanciación del arbitraje la «comodidad» de argumentar sobre la regulación substantiva de su propio país. De allí que entonces cobre suma importancia la determinación del derecho aplicable para resolver el fondo de la controversia.

Con todo, las partes también son libres de elegir el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional por medio de cláusulas establecidas al efecto en el contrato específico (*choice-of-law clauses*). Dentro de estas cláusulas, se encuentran aquéllas que combinan elementos o principios comunes de varios sistemas jurídicos. Esta técnica fue definida y delineada en 1987 por Mauro Rubino-Sammartano como el *tronc commun*.⁵

⁴ REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *Op. cit.*, p. 185.

⁵ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 1990, p. 274.

La técnica del *tronc commun* fue desarrollada para proporcionar una alternativa a la aplicación de la ley nacional de una de las partes, o de otra ley elegida —«al azar»— por el tribunal arbitral luego de aplicar las reglas de conflicto de leyes correspondientes. Al utilizar el tronco común, las partes se encontrarían eligiendo en esencia un conjunto «neutral» de leyes, ya que éstas corresponderían a normas y principios jurídicos que concurrirían de forma común en los sistemas legales nacionales de cada una de las partes disputantes.⁶

El *tronc commun* es aplicado no sólo cuando las partes han pactado expresamente la combinación de sistemas legales, sino que su concepción principal como doctrina, surge cuando precisamente ese pacto no existe, ya que se le concibe como un mecanismo empleado para determinar una elección tácita del derecho aplicable a la disputa.

En virtud del método *tronc commun*, y a pesar de la falta de elección de la ley de fondo, las disposiciones y principios jurídicos comunes de los respectivos sistemas legales de las partes seguirían siendo aplicables. En esas circunstancias, el tribunal arbitral quedará obligado a desentrañar y aplicar estos principios comunes con el objeto de encontrar aquella normativa que se acerque lo más posible a las expectativas de neutralidad que las partes pretenden.

No obstante que desde un punto de vista dogmático el planteamiento resulta atractivo, lo cierto es que en la práctica arbitral la aplicación del *tronc commun* ha resultado sumamente dificultosa, al punto que las decisiones de los tribunales arbitrales han restado completamente la doctrina de su principal fundamento: la certeza de que las partes no se verán sometidas a la resolución de sus controversias por reglas de un sistema legal que desconocen.

⁶ ANGLADE, Leila. «The use of transnational rules of law in international arbitration». En *Irish Jurist*, 2003, vol. 38, p. 109.

El presente trabajo pretende reflexionar, observar y dar cuenta de algunas tendencias doctrinales y jurisprudenciales relativas a la aplicación de la doctrina del *trunc commun* para determinar el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio. El objetivo, entonces, es entregar ciertas notas que permitan una aproximación a la interpretación y aplicación práctica de esta teoría, con el objeto de que los operadores de los procesos arbitrales internacionales puedan evaluar las ventajas y riesgos de su empleo.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO

Cuando las partes de un contrato pertenecen a un mismo país, éstas no se preguntan ni se preocupan por cual será la ley aplicable de surgir una disputa entre ellas. La razón es simple, normalmente la ley substantiva será aquélla que regla el sistema de responsabilidad contractual en aquel país específico. Sin embargo, en el caso en que el contrato verse sobre un negocio internacional la respuesta no resulta tan evidente, puesto que existirán a lo menos dos —eventualmente contradictorios— sistemas legales que podrían resultar aplicables.

Aquello explica que en los contratos internacionales, además de establecerse una cláusula arbitral, también se consigne una cláusula que indica —idealmente, de forma clara— cuál será la ley aplicable a los derechos y obligaciones pactados contractualmente (*choice-of-law clause*).

Prácticamente siempre, la ley aplicable al fondo de la disputa será el ordenamiento jurídico de un país. Específicamente, el sistema jurídico escogido será aquél correspondiente a una de las partes contratantes. Empero, en el comercio internacional se ha tornado una práctica recurrente que las partes opten por ordenamientos jurídicos que, no obstante no tener conexión con ellas, resultan más adecuados para suplir e interpretar los acuerdos establecidos en el contrato.

Esto, a primera vista, pareciese ser extraño, puesto que implica que las partes optan por una ley que les es ajena, *extranjera*. Con todo, lo cierto es que en el mundo existen muchos países en que sus sistemas legales se encuentran desactualizados para abordar correcta y eficazmente las exigencias del actual tráfico comercial. De allí que los contratantes opten por renunciar a los sistemas jurídicos que les son propios en pro de otros extranjeros, los que serán capaces de abordar la disputa de una forma más adecuada.

En este punto, los principios de la libertad contractual y la autonomía privada cobran especial relevancia. Es a partir de aquellos principios que se ha construido el derecho de las partes a decidir cuál será la ley aplicable al vínculo jurídico que las une y a las potenciales controversias que pudieran suscitarse.⁷ En efecto, tanto en el arbitraje comercial internacional como en el arbitraje de inversión se ha reconocido que esta libertad de elección es bastante amplia y puede abordar distintas fórmulas.⁸

Por ejemplo, en 1979, el Institut de Droit International, estableció en una de sus resoluciones que las partes pueden elegir como ley aplicable al contrato uno o varios ordenamientos jurídicos domésticos; o los principios comunes en dichos sistemas legales; o los principios generales del derecho; o los principios aplicables en relaciones

⁷ La autonomía privada para escoger la ley aplicable al contrato ha sido reconocida desde antiguo por la doctrina internacional. En particular, se ha señalado que «a pesar de las diferencias, el *common law*, el derecho civil y los países comunistas, todos han sido igualmente afectados por el movimiento que ha implementado la regla que las partes son libres de elegir la ley que gobernará su relación contractual. Este desarrollo ha llegado de manera autónoma en cada país». LEW, Julian D. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1978, p. 75.

⁸ Con todo, esta libertad se encuentra condicionada a las normas de orden público u obligatorias (*mandatory law*), que son aquéllas que no pueden ser excluidas ni derogadas por las partes por medio de acuerdos privados en un contrato. En el ámbito internacional se ha reconocido esta limitación en el artículo 3.3. de la Regulación Roma I, al establecer que «la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

económicas y comerciales internacionales; o el derecho internacional; o una combinación de todas estas fuentes legales.⁹

Sólo sujeto a las calificaciones de la buena fe, legalidad y el orden público,¹⁰ las partes pueden elegir por sí mismas la ley aplicable a la controversia mediante la incorporación de una cláusula de elección de derecho aplicable, siendo esta elección obligatoria para el tribunal arbitral que conoce la contienda.

La libertad de las partes es reconocida, por ejemplo, en el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el que prescribe en su numeral 1) que «el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes aplicables al fondo del litigio». En un sentido más amplio, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece que «las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia».

De allí que en doctrina internacional se haya señalado que

[...] hay pocos principios más universalmente admitidos en el derecho internacional privado, que el referido al derecho aplicable al Contrato, según el cual la ley que rige al mismo es la elegida por las partes, ya sea expresamente o (con ciertas diferencias o variaciones según los diversos sistemas) tácitamente.¹¹

⁹ JUSTITIA ET PACE - INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *The proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person, Session of Athens, 1979*. Recuperado de <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_01_en.pdf>. Consulta: 24 de noviembre de 2020.

¹⁰ En el conocido caso *Soleimany v. Soleimany*, resuelto en 1999, la Corte de Apelaciones inglesa sentenció que, sin perjuicio que para la ley aplicable a la disputa, en ese caso la Ley Judía, el propósito ilegal del contrato suscrito entre las partes no tenía un efecto negativo en los derechos y obligaciones que de aquél emanaban, «la Corte es de la opinión de preservar la integridad del proceso, y que éste no sea empleado abusivamente. Las partes no pueden anular esa preocupación por un acuerdo privado. Las partes no pueden a través del arbitraje, ocultar que ellas, o alguna de ellas, se encuentra buscando la ejecución de un contrato ilegal. El orden público no lo permite».

¹¹ LEW, Julian D. *Op. cit.*, p. 87.

Entonces, la búsqueda de una ley «neutral» aplicable al fondo del litigio ha llevado a desarrollar teóricamente y, en algunos casos, en la práctica arbitral, la facultad de las partes de hacer aplicable a la disputa la ley nacional de ambas partes litigantes, con el objeto de que la interpretación y ejecución del contrato sea gobernada por ambas leyes nacionales de manera combinada.

3. EL *TRONC COMMUN* COMO BÚSQUEDA DE UN DERECHO NEUTRAL APLICABLE A LA DISPUTA

3.1. *Sobre la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio*

A nivel internacional, no existe una sola fórmula para determinar el derecho aplicable al fondo de la disputa arbitral. Al contrario, cada país tiene sus propias normas de conflicto de leyes para arribar a dicha determinación.¹² Con todo, es posible desprender de diferentes ordenamientos jurídicos modernos la existencia de un proceso (o test) de tres pasos. El primero, consiste en determinar si hubo una elección expresa de la ley aplicable. Si la hay, aquélla se aplicará. Luego, si no hubo dicha elección expresa, el tribunal deberá dilucidar si se presenta en el caso una elección implícita o tácita por las partes. Finalmente, si no existe, o no es posible determinar una elección tácita de ley de fondo, el tribunal normalmente realizará un análisis objetivo acerca de cuál es la ley aplicable que resulta más cercana y con mayor conexión al contrato, las partes y la controversia.¹³

¹² En efecto, es en esta ausencia de acuerdo de la ley aplicable a la controversia que un tribunal arbitral deberá llegar a dicha determinación para resolver la disputa. Para ello, en primer término, el tribunal deberá dar cuenta si es libre para escoger dicha ley o, al contrario, si deberá aplicar las reglas de conflicto de ley que imperan en la sede o asiento del arbitraje, es decir, las normas de conflicto de leyes de la *lex fori*. Ahora bien, dependiendo del país sede del arbitraje, la respuesta sobre la ley aplicable al fondo variará. Así, un tribunal arbitral de un determinado país podría establecer la ley aplicable de acuerdo con el lugar en que el contrato fue celebrado. En cambio, un tribunal de otro país podría hacer aplicable a la ley que estime tener un factor de conexión más cercano con las partes y la ejecución de sus obligaciones.

¹³ HARTLEY, Trevor. *International Commercial Litigation*. Cambridge; Cambridge University Press, 2015, p. 627.

A nivel comparado, una importante normativa en la materia se encuentra establecida en el Reglamento Roma I. En particular, el artículo 3 del Reglamento prescribe las reglas de conflicto de leyes aplicables en materia contractual en la Unión Europea. Como punto de partida, cabe destacar que el Reglamento Roma establece la libertad de elección de las partes respecto de la ley aplicable al contrato. En efecto, el número 1 del referido artículo establece que «el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso». Acto seguido, el artículo 4 del Reglamento establece las reglas aplicables ante la falta de elección de las partes, el que, en términos generales, y dependiendo de la naturaleza del contrato, dispone que la ley aplicable será aquélla correspondiente a la residencia habitual de una de las partes especificadas en aquel artículo.

Sin embargo, las reglas establecidas en el artículo 4 del Reglamento de Roma I asumen que la falta de elección de la ley aplicable es total. Es decir, que ésta no existe de manera expresa o tácita. En efecto, atendido el tenor del número 1 del artículo 3 del referido Reglamento, la elección de la ley puede extraerse de los «términos del contrato o de las circunstancias del caso».¹⁴

¹⁴ Si bien existe jurisprudencia internacional en la que se ha sentenciado que el establecimiento de una cláusula arbitral con la designación de un país específico como asiento del tribunal puede constituir uno de los elementos para determinar una elección tácita de la ley aplicable al fondo de la disputa, lo cierto es que el asiento escogido por las partes en un arbitraje internacional no tiene, necesariamente, relación alguna con las normas de conflicto de leyes que resultan aplicables a aquel específico lugar del arbitraje. En otros términos, un tribunal de arbitraje internacional no se encuentra obligado a emplear las normas de conflicto de leyes del país en que se encuentra su asiento, salvo que las partes así lo hayan establecido. REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Op. cit.*, p. 222. Una muestra de este planteamiento se encuentra en el arbitraje *Sapphire International Petroleum v. The National Iranian Oil Co.* (1964) 12 ICLQ, p. 1011. En aquél, el tribunal arbitral sentenció que «a diferencia del juez de un estado, que está obligado a ajustarse a las normas de derecho de los conflictos del Estado en cuyo nombre hace justicia, el árbitro no está obligado por dichas normas. Debe buscar la intención común de las partes y utilizar los factores de conexión generalmente utilizados en la doctrina y en la jurisprudencia, y debe ignorar las peculiaridades nacionales».

La teoría del *trunc commun*, según veremos, surge como una alternativa para definir la ley aplicable al fondo del litigio cuando las partes no han realizado una referencia expresa a dicha ley en el contrato, de modo de construir una elección tácita de la misma.

3.2. *El silencio de las partes como factor clave en la determinación del derecho aplicable al fondo de la disputa*

Una cuestión importante que dilucidar resulta, precisamente, el efecto jurídico que implica la ausencia de elección de las partes, respecto del ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio. Esta ausencia ha sido entendida por Rubino-Sammartano¹⁵ —dogmático creador de la doctrina del *trunc commun*— como una elección negativa de la ley aplicable.¹⁶ En otros términos, significa que las partes intencionalmente no se han puesto de acuerdo sobre la aplicación de ningún sistema jurídico nacional o, al menos, no a aquél propio del país de la contraparte.¹⁷

Tal entendimiento se dice estar de acuerdo con la autonomía de las partes, ya que las disposiciones de derecho interno de un contratante no necesariamente resultan conocidas, ni mucho menos consentidas, por la otra parte. Empero, se podría esperar que ambas partes estén familiarizadas con las disposiciones de la ley que resultan comunes en ambos sistemas normativos.¹⁸

¹⁵ Véase: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. «Le “Tronc Commun” des Lois Nationales en Présence (Réflexions sur le Droit Applicable par l’Arbitre International)». En *Revue de l’Arbitrage*, 1987, n.º 133.

¹⁶ Por ejemplo, en un arbitraje substanciado ante la Cámara de Arbitraje de Milán, el tribunal desestimó la afirmación del demandante de que el derecho suizo debería aplicarse sobre la base de la doctrina del *trunc commun*. El árbitro consignó que la doctrina opera en ausencia de cualquier elección hecha por las partes y determina la ley aplicable utilizando las disposiciones comunes de las respectivas leyes nacionales de las partes. Además, en opinión del árbitro, las partes, aunque defectuosamente, habrían realizado una elección sobre el derecho sustantivo, por lo que la doctrina del *trunc commun* no resultaría aplicable. Cámara de Arbitraje de Milán. Sentencia Arbitral n.º 2310, de 4 de mayo de 2011.

¹⁷ MOSKVINA, Anastasiia. «Party Choice of Law in International Commercial Arbitration». En *Kazan University Law Review*, 2008, vol. 3, p. 80.

¹⁸ ANCEL, Bertrand. «The *Tronc Commun* Doctrine: Logic and Experience in International Arbitration». En *International Arbitration*, 1990, n.º 65, p. 67.

Lo que cuestiona la teoría del *trunc commun*, entonces, es que ante la falta de elección de la ley aplicable no resulta sensato emplear —para dar con aquella elección— los criterios artificiales de las reglas de conflictos de leyes establecidos en ordenamientos nacionales o en otros instrumentos transnacionales. No obstante, si la intención de las partes es sólo la de no aplicar el ordenamiento jurídico del país de su cocontratante, aquello no significa que necesariamente haya renunciado —al menos, totalmente— a las reglas de su propio sistema jurídico.

Lo que se pretende por medio del *trunc commun* es negar exclusivamente la aplicación de la ley del país de la contraparte, pues es dicha normativa la que podría resultar sorpresiva y desconocida para la resolución de la controversia. De este modo, de aplicarse derechamente las reglas de conflicto de leyes, el resultado podría ser aquél mismo indeseado: someterse a las normas de un sistema jurídico extranjero. Así, las partes al excluir la legislación nacional de la contraparte lo hacen sólo en aquella porción que pueda resultar desconocida o diferente de su propio ordenamiento jurídico.

De allí que se haya concluido que las partes pueden libremente identificar como ley aplicable al fondo de la disputa aquellas normas jurídicas que resultan comunes en los ordenamientos jurídicos de las partes. El propio Reglamento de la CCI antes señalado establece que las partes serán libres de acordar «las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia». En este caso, la CCI reconoce expresamente que las partes no necesariamente deben optar por el sistema legal de un país específico, sino que pueden optar por ciertas «normas jurídicas», sin indicar su origen.

Precisamente, el *trunc commun* se basa en la idea de que las partes son libres de elegir sus propios ordenamientos jurídicos para regular su relación contractual. Si esto es así, la doctrina postula que las partes también son libres de encontrar un terreno común, identificando los principios y

normas jurídicas que son compartidos por los dos regímenes nacionales para su aplicación en la disputa.

Entonces, la ausencia de elección de un específico derecho nacional aplicable al litigio implicaría en los hechos una elección de carácter doble. Por un lado, una positiva, la que involucraría la elección de las partes de solucionar su controversia de acuerdo con las disposiciones comunes o análogas de sus respectivos derechos internos. Por el otro, una elección de sentido negativo, que envolvería el rechazo a la aplicación como reglas de fondo a aquellas normas jurídicas que difieren en sus sistemas legales nacionales.¹⁹

4. EFECTOS Y PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL *TRONC COMMUN*

No sólo la dogmática, sino también los tribunales arbitrales han recurrido al método del *tronc commun* para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa en el arbitraje internacional. Por ejemplo, se ha decidido aplicar las normas comunes a las leyes belgas e italianas en un litigio de carácter marítimo; las normas comunes a las leyes yugoslavas y alemanas en una controversia relativa a un acuerdo de agencia comercial; y, las normas comunes a las leyes francesa y tunecina en una disputa entre varios compradores europeos y vendedores de Túnez.²⁰

Sin embargo, la aplicación del *tronc commun* se encuentra lejos de estar exenta de dificultades. Para efectos ilustrativos, revisaremos brevemente las cláusulas de derecho aplicable pactadas en dos casos. El primero, relativo al proceso de nacionalización del petróleo que existió en Irán en la década de los sesenta del siglo veinte. El segundo, concer-

¹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, tomo IV, pp. 49-50.

²⁰ Collection Of ICC Arbitral Awards 1974-1985. Derains & S. Jarvin, 1990: ICC Case n.º 2272; ICC Case n.º 2886 and ICC Case n.º 5103.

niente a la construcción del eurotúnel en canal de la Marcha en los noventa. En ambos casos no es la ausencia de una expresa designación del derecho aplicable lo que hace surgir a la doctrina del *trunc commun*. Al contrario, es precisamente el acuerdo de las partes respecto de emplear ordenamientos jurídicos combinados a sus nacionalidades lo que hace a los tribunales razonar por cuál se debería optar.

4.1. *Cláusula de elección de derecho aplicable en el arbitraje Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co. (1964)*

En este proceso arbitral, el contrato que ligaba a las partes no consignaba expresamente la ley aplicable a la disputa. Sin embargo, en contratos de concesiones similares, suscritos por la demandada Iranian Oil Co., se habían establecido cláusulas de derecho aplicable al siguiente tenor:

En vista de las diversas nacionalidades de las partes en el presente Acuerdo, éste se regirá, interpretará y aplicará de conformidad con los principios de derecho común a Irán y a las diversas naciones en las que están incorporadas las demás partes del presente Acuerdo y, a falta de tales principios comunes, se regirá y aplicará de conformidad con los principios de derecho reconocidos en general por las naciones civilizadas, incluidos los principios que puedan haber aplicado los tribunales internacionales.

Como se ve, la cláusula de elección del derecho aplicable antes transcrita emplea la doctrina del *trunc commun* a efectos de determinar la ley de fondo del litigio. Esta cláusula requiere al tribunal arbitral encontrar los principios de la ley iraní comunes en las leyes de los países de las demás partes y aplicar esos principios comunes a la disputa.

4.2. *Cláusula de elección de derecho aplicable en el caso Eurotúnel*

El caso más famoso y comentado en materia de aplicación de la doctrina del *trunc commun* es aquél relativo a la construcción del eurotúnel en el canal de la Mancha. Para estos efectos, el concesionario encargado de la construcción del referido túnel celebró un contrato de construcción con un grupo anglofrancés Trans-manchine Link. En este caso, las partes del arbitraje no indicaron como ley aplicable al contrato la francesa o la inglesa, ni tampoco un tercer sistema jurídico (no obstante, la sede del arbitraje sería Bruselas, Bélgica). En su lugar designaron como ley de fondo a los principios comunes existentes entre los ordenamientos legales de Francia e Inglaterra.

La cláusula arbitral se pactó de la siguiente manera:

La interpretación, validez y ejecución del contrato se regirá e interpretará en todos los aspectos de conformidad con los principios comunes al derecho inglés y al derecho francés y, a falta de tales principios comunes, de conformidad con los principios generales del derecho mercantil internacional aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.²¹

Para Rubino-Sammartano, «el contrato del túnel del canal es un ejemplo de una expresa elección de las partes y, como tal, no parece dejar la puerta abierta para posibles argumentaciones».²²

En ambos casos, si bien las cláusulas de elección de derecho aplicable eran claras e inequívocas, la dificultad, evidentemente, era otra: su aplicación. El problema de este tipo de cláusulas radica precisamente

²¹ Channel Tunner Group Ltd. and France Manche S. A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and ors (1993).

²² RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. «The Channel Tunnel and the *Trunc Commun* doctrine». En *Journal of International Arbitration*, 1993, n.º 3, vol. 10, p. 61.

en determinar cuáles son aquellos «principios comunes» que deberán ser aplicados por el tribunal para resolver la serie de puntos en disputa.²³

4.3. Las dificultades en la aplicación del *tronc commun*

A pesar de su aparente simplicidad, la aplicación práctica del método del tronco común puede ser seriamente problemático. De hecho, las normas pertinentes de los sistemas jurídicos en juego pueden ser muy disímiles y, por lo tanto, resultar imposible determinar las potenciales «reglas comunes» para resolver una cuestión jurídica particular.

Por ello, en la práctica, los tribunales arbitrales frecuentemente deciden aplicar el tronco común sólo si han podido establecer que las normas pertinentes resultan ciertamente idénticas. Como esto es obvia y objetivamente complejo, los tribunales arbitrales han sido reacios a seguir este enfoque doctrinal.²⁴

Por ejemplo, en el Caso CCI 7375, de 1996, el tribunal arbitral, ante la disyuntiva de emplear el *tronc commun* como mecanismo para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa, razonó que:

Pro: El enfoque de Rubino-Sammartano resulta convincente en muchos aspectos. En efecto, las partes no podrían reclamar si se les trata normativamente de igual modo que en sus respectivas legislaciones nacionales, en la medida en que éstas coincidan. La doctrina del *tronc commun* asegura así el máximo terreno común al que las partes están acostumbradas.

²³ En efecto, respecto del caso Eurotúnel, la doctrina comentó que, «la razón principal de la dificultad de aplicar una cláusula que prevea la aplicación de un principio común [...] es que, aunque ambos sistemas tiendan a producir los mismos o muy similares resultados, se quedan cortos a la hora de proporcionar el conjunto de principios comunes necesarios para cubrir todos los aspectos de la controversia». DUVAL, Antoine. «English and French Law: The search for common principles». En *International Business Lawyer*, 1997, n.º 181, p. 182.

²⁴ PETSCHKE, Markus. «International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory». En *Michigan State Journal of International Law*, 2010, n.º 3, vol 18, p. 490.

Contra: Importante también es la observación de que la doctrina del *trunc commun* no da una respuesta tangible de cómo resolver cuando los dos ordenamientos nacionales (aquí: Irán y EE. UU./Maryland) no coinciden. Y, de hecho, éste es claramente el caso con respecto a la cuestión a resolver en materia de prescripción.

En definitiva: Los árbitros del voto mayoritario, aunque simpatizan con el enfoque de la doctrina del *trunc commun*, deben aquí descartarla, pues lo cierto es que no dará la solución respecto a la normativa relativa a la prescripción que debe ser aplicada y tampoco provee una respuesta directa al régimen jurídico que debe imperar en caso de divergencias entre las dos leyes nacionales.

Como se ve, aunque la doctrina del *trunc commun* es considerada dogmáticamente correcta, los tribunales arbitrales no pueden encontrar en ella una respuesta suficientemente práctica para aplicarla a un caso determinado. Con ello, la tesis de Rubino-Sammartino se ve puesta en jaque, pues, precisamente, su postulado era que las partes no se vieran enfrentadas a una ley sorpresiva o desconocida. Sin embargo, el resultado en diferentes casos pareciese ser justamente aquél no deseado: una completa incerteza respecto de la ley aplicable que en definitiva resolverá la disputa entre las partes.

Volvamos por un momento al arbitraje Sapphire. Según dijimos, en aquél la cláusula de derecho aplicable apuntaba al inequívoco empleo de la doctrina del *trunc commun*. Sin embargo, el tribunal arbitral adoptó una postura diferente. A su juicio, el tenor de la cláusula no llamaba a la búsqueda de las normas comunes en el sistema jurídico de Irán y los demás contratantes. En su lugar, estimó que se le habilitaba a no tomar en consideración la ley iraní (a pesar de que ésta estaba expresamente establecida en la cláusula de elección de derecho aplicable) y, en su lugar, se le facultaba a aplicar los principios generales del derecho:

De lo anterior se desprende claramente que las partes tenían la intención de excluir la aplicación de la ley iraní. Pero no han elegido otro sistema jurídico positivo y esta omisión es, según todas las pruebas, deliberada.

Todos los factores de conexión citados anteriormente apuntan al hecho de que las partes pretendían, por tanto, someter la interpretación y el cumplimiento de su contrato a los principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas, a los que se refiere el artículo 27 del acuerdo, siendo la única cláusula que contiene una referencia expresa a una ley aplicable.²⁵

En un sentido similar, la cláusula de elección de derecho aplicable en el caso del eurotúnel fue fuertemente criticada por los tribunales ingleses. En efecto, la Corte de Apelaciones inglesa fue de la opinión que «este sistema híbrido de ley aplicable que fue electo tiene un atractivo superficial, pero tenemos la sospecha de que llevará a una larga y costosa disputa».²⁶ Con todo, la Corte de Apelaciones inglesa sentenció que dicha cláusula era obligatoria y debía ser aplicada por el tribunal arbitral a efectos de determinar la ley aplicable al fondo de la disputa.

En un sentido similar, en aquella época la House of Lords inglesa, hoy su Corte Suprema, sentenció que

[...] las partes eligieron una ley indeterminada para gobernar los derechos sustantivos, un complicado proceso para determinar esos derechos; y un asiento para el proceso ubicado fuera de sus territorios. Esta visible neutral, «anacional» y extrajudicial estructura, puede bien haber sido la primera elección por las especiales necesidades del eurotúnel. Pero si aquella elección fue correcta o equivocada, es una decisión que las partes ya hicieron.²⁷

De este modo, aunque una cláusula de ley aplicable configurada sobre la base del *trunc commun* tenga por objetivo proporcionar una ley de fondo neutral para la disputa entre las partes, es probablemente más problemática de lo que aparenta. Los árbitros que deben aplicar dicha clase de cláusulas se ven obligados a realizar la ardua tarea de identificar

²⁵ Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co. (1964), p. 1015.

²⁶ Chanel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd. (1992), p. 675.

²⁷ Chanel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd. (1993), p. 347.

los principios comunes de los sistemas de leyes elegido y, luego, aplicarlos a la controversia. A falta de tales principios comunes, la tarea se hace aún más inviable, ya que los árbitros estarían ahora llamados a resolver la misma cuestión de derecho que la propia cláusula tenía por objeto aclarar con su establecimiento.²⁸

5. SOLUCIONES ADOPTADAS EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL: LA APLICACIÓN DEL *SOFT LAW*

Ha quedado asentado que la doctrina y la jurisprudencia arbitral acepta teóricamente, y en algunos casos, de manera práctica, la aplicación de la doctrina del *trunc commun*. Con todo, ante el establecimiento de cláusulas de elección de derecho aplicable configuradas de este modo, los tribunales se han visto impedidos de utilizarlas en el caso concreto.

En efecto, el método del *trunc commun* requiere efectuar un test de carácter doble: en primer término, el tribunal arbitral debe buscar aquellas reglas o principios que resultan «comunes» a los ordenamientos jurídicos de las partes disputantes. Luego, y sólo si es posible encontrar dichos «lugares comunes», en segundo lugar, el tribunal arbitral deberá establecer si esas reglas son las específicamente relevantes para resolver la disputa.

Según hemos visto, en las cláusulas de elección del derecho de fondo, las partes otorgan al tribunal arbitral parámetros geográficos de los ordenamientos jurídicos que resultarán aplicables de manera combinada. Un ejemplo ya mencionado es el de Francia e Inglaterra, para el caso del eurotúnel. Sin embargo, han existido otros:²⁹ «los principios generales del derecho aplicable en Europa Occidental»³⁰ o las «leyes y

²⁸ ANGLADE, Leila. *Op. cit.*, p. 110.

²⁹ GAILLARD, Emmanuel. «Chapter 10. The role of the arbitrator in determining the applicable law. The leading arbitrators' guide to international arbitration». En NEWMAN, Lawrence W. y Richard D. HILL (editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Segunda edición. Nueva York: Juris Publishing, 2008, p. 201

³⁰ ICC Case n.º 6378 (1991), *Journal du Droit International* 1018 (1993).

reglamentos aplicables a los miembros de la Comunidad Económica Europea». ³¹ Finalmente, en un sentido análogo, y muy probable en el futuro, se podrá hacer referencia a «los principios generales del derecho de contratos aplicables en Latinoamérica».

El problema es que, ante aquel tipo de cláusulas de derecho aplicable, los tribunales arbitrales se ven imposibilitados de cumplir con el referido test de dos pasos. Con todo, aquello no puede ser óbice para que los árbitros resuelvan la contienda sometida a su conocimiento. Será, de igual modo, labor del tribunal arbitral desentrañar la normativa que más se conforme con la voluntad de las partes disputantes en relación con las reglas aplicables al fondo del litigio.

El Caso 7375, 1996 de la CCI, nos servirá para ilustrar lo dicho. En este arbitraje, una disputa surgió a propósito de la celebración de un contrato de suministro de mercaderías entre un vendedor privado estadounidense y un comprador gubernamental de Medio Oriente. El tribunal arbitral llegó a la conclusión de que las partes habían hecho una elección negativa de la ley, declarando que la ausencia de una disposición sobre la elección del derecho aplicable, junto con el hecho de que una de las partes era un organismo estatal, constituía prueba irrefutable de la intención de las partes de evitar la aplicación de cualquier ley nacional. Para el tribunal, ninguna de las partes habría estado dispuesta a aceptar la ley nacional de la otra parte, de modo que realizar una elección como tal sólo constituiría una decisión arbitraria.

Para proporcionar la neutralidad de la ley que las partes habían —tácitamente— manifestado como elección, el tribunal optó por aquellos principios generales y normas jurídicas aplicables a las obligaciones contractuales internacionales, que han obtenido una amplia aceptación y consenso en la comunidad internacional, entre ellas, los principios *Unidroit*.

³¹ ICC Case n.º 7319 (1992), citado en ICC Bulletin Special Supplement, International Commercial Arbitration in Europe n.º 41 (1994).

En otro caso, CCI n.º 7710/1995, el tribunal arbitral tuvo que examinar las controversias derivadas de nueve contratos entre, nuevamente, una entidad gubernamental de Medio Oriente, pero esta vez celebrados con una empresa inglesa. Algunos de los contratos guardaban silencio sobre la elección de la ley, mientras que otros preveían la solución de controversias según la «justicia natural», las «normas de justicia natural» o las «leyes de justicia natural». Los árbitros decidieron que las partes habían expresado una elección negativa que excluía la aplicación de una ley nacional. Asimismo, concluyeron que esa elección negativa debía respetarse de la misma manera que una elección expresa. Así, el tribunal llegó a la conclusión de que las partes habían pretendido que su contrato se rigiera por normas jurídicas transnacionales recogidas principalmente en los principios Unidroit.³²

Finalmente, en un arbitraje sueco, el demandante europeo argumentó que la ley aplicable al fondo de la disputa era la sueca, dado que el arbitraje tenía su asiento en Suecia. Por su parte, el demandado chino argumentó que la ley aplicable era la china sobre la base de que el contrato tenía factores de conexión más cercanos con China. El tribunal arbitral decidió que no era posible determinar una intención común de las partes respecto de la ley aplicable al fondo, sentenciando que:

A juicio del tribunal, es razonable suponer que las partes contratantes esperaban que la ley eventualmente elegida para ser aplicable protegiera sus intereses [...] sin las sorpresas que pudieran resultar de la aplicación de leyes internas de las que no tienen mayor conocimiento. Esto lleva al tribunal a la conclusión de que las cuestiones objeto de controversia entre las partes deben basarse principalmente, no en el derecho de ninguna jurisdicción en particular, sino en las normas jurídicas que se han incorporado a las codificaciones internacionales o que gozan de un amplio reconocimiento entre los países que participan en el comercio internacional [...]. La única codificación que se puede considerar que tiene esta condición es la de los Principios de Unidroit [...]. El tribunal determina que las normas contenidas en ellos serán la primera fuente

³² ANGLADE, Leila. *Op. cit.*, pp. 109, 113.

empleada para llegar a una decisión sobre las cuestiones objeto de controversia en el presente arbitraje.³³

De este modo, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales apunta a que, enfrentados a la situación de aplicar la combinación de ordenamientos o principios jurídicos —aquella fórmula consignada por el *trunc commun* como mecanismo para desentrañar la elección tácita del derecho aplicable por las partes disputantes—, los árbitros optarán por abandonar la complicada tarea de identificar los principios comunes de dos o más sistemas jurídicos para, en su lugar, emplear aquellas codificaciones internacionales que disponen de reconocimiento por parte de la comunidad mundial, especialmente si dentro de aquellos sujetos de derecho internacional se encuentran los países de los cuales son nacionales las partes del proceso.

Los tres fallos analizados han empleado los principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales. Los principios Unidroit, en efecto, son una compilación a nivel mundial de los principios generales que gobiernan al derecho de contratos. Estos principios son sumamente extensivos, tratando la normativa que va desde la formación del contrato, su interpretación, ejecución, cumplimiento y terminación.

No cabe duda que los tribunales arbitrales han optado por los principios Unidroit, precisamente, porque aquéllos tendrán la aptitud de cumplir con lo que las partes han pretendido respecto a la ley aplicable al fondo del litigio en la forma del *trunc commun*: su neutralidad. En efecto, en doctrina se ha dicho que estos principios se han establecido sin ningún sesgo por un sistema legal u otro, consignándose que aquéllos «no fueron redactados en interés de un partido o grupos lobistas específicos. A través de ellos, se logra un equilibrio justo entre los derechos y obligaciones de todas las partes en el contrato».³⁴

³³ ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *Stockholm Arbitration Report 2002:1*. Nueva York: Juris Publishing, 2002, pp. 59-71.

³⁴ VAN HOUTTE, Hans. «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts». En *Arbitrage Commercial International*, 1995, p. 374.

Los tribunales arbitrales en la práctica, y aún en la ausencia de referencia por las partes a la aplicación de estos principios, los emplean por sí mismos cuando los contratantes se remiten en las cláusulas de elección de derecho aplicable, a los principios generales de derecho que son empleados en cierta localidad del mundo. En efecto, es el propio preámbulo de los principios Unidroit el que habilita a los tribunales arbitrales a actuar de aquella manera, al consignar que «estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes».

Dependiendo de los principios de derecho que las partes hayan invocado en la cláusula de elección de derecho aplicable, un tribunal arbitral podría emplear instrumentos de *soft law* aún más específicos. Así, por ejemplo, si los disputantes son sólo nacionales de algún país europeo, el tribunal arbitral podría emplear los principios europeos de derecho de los contratos. Asimismo, si las partes contratantes fueran nacionales de algún país latinoamericano, el tribunal arbitral podría, en un futuro, y luego de un reconocimiento más generalizado, recurrir a los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. En ambos casos, estos instrumentos contemplan una cláusula de aplicación similar a la de los principios Unidroit, facultando a los árbitros su uso como ley aplicable al fondo del litigio cuando se haya hecho referencia en el contrato a la aplicación de la *lex mercatoria*, a los principios generales de derecho o a otras expresiones semejantes.³⁵

6. CONCLUSIONES

Las partes son libres de optar por la ley aplicable al contrato que las vincula, la cual será decisiva a efectos de resolver el fondo de la disputa

³⁵ Tanto para los principios europeos como para los latinoamericanos, los respectivos artículos 1, «Disposiciones generales», establecen el campo de aplicación de estos instrumentos de *soft law*.

que pueda surgir en la ejecución, interpretación y cumplimiento de aquel contrato.

La elección del ordenamiento aplicable puede ser realizado por las partes de manera expresa o tácita. Será el tribunal arbitral el que, a partir de las circunstancias que rodean el caso, determinará si efectivamente las partes han realizado una elección, al menos implícita, de la ley aplicable al fondo de la controversia.

La teoría o método del *trunc commun* nos enseña que ante la ausencia de una elección expresa de un sistema jurídico aplicable a la relación contractual, dicha negativa de elección implica en los hechos la de excluir la aplicación del ordenamiento jurídico nacional de la contraparte.

Sin embargo, dicha exclusión no implica que las partes estimen indeseada la aplicación de aquellas normas o principios jurídicos que los ordenamientos jurídicos de sus países tengan en común. La elección negativa de un derecho aplicable sólo pretende excluir la aplicación de normas o principios jurídicos que las partes puedan desconocer o resultarles ajenos y que, en definitiva, serán de sorpresiva utilización en la resolución de la controversia.

La doctrina y la jurisprudencia comparada acepta teóricamente, y en algunos casos de manera práctica, la aplicación de la doctrina del *trunc commun*. Con todo, ante el establecimiento de cláusulas de elección de derecho aplicable configuradas de este modo, los tribunales se han visto impedidos de utilizarlas para el caso concreto, principalmente porque la tarea que envuelve utilizar al *trunc commun* es sumamente dificultosa. En primer término, se deben buscar a aquellas reglas o principios que son «comunes» en los ordenamientos jurídicos de las partes disputantes. Luego, y sólo si es posible encontrar dichos «lugares comunes», en

segundo término, el tribunal arbitral deberá establecer si esas reglas son las específicamente relevantes para resolver la disputa.³⁶

En muchos casos, los tribunales no pueden cumplir con esa doble tarea. Y allí radica el problema. El *trunc commun* fue ideado como una doctrina que busca otorgar a las partes neutralidad al derecho aplicable que resolverá la disputa, neutralidad que se entrega mediante la exclusión del uso de normas sorpresivas o desconocidas. Sin embargo, al encontrarse los tribunales imposibilitados de definir qué elementos comunes podrán satisfacer a ambas partes en relación con la aplicación de sus propios ordenamientos jurídicos es que éstos recurren a los principios generales del derecho o a otras fuentes de ley que las partes, evidentemente, no contemplaron para regular el negocio jurídico que las vincula.

Con todo, frente a una cláusula de elección de derecho aplicable configurada sobre la base del *trunc commun* en que los tribunales se ven impedidos de utilizar o identificar las reglas comunes necesarias para su debida aplicación al caso concreto, pareciese conveniente que estos tribunales empleen instrumentos de *soft law* consolidados y reconocidos por la comunidad internacional.

Para identificar aquellos instrumentos trasnacionales, el tribunal arbitral deberá tener en vista la nacionalidad de las partes y el lugar de ejecución de las obligaciones establecidas en el contrato. Así, por ejemplo, los principios Unidroit, los principios del derecho europeo de los contratos e, incluso, el intento codificador de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos podría dar a las partes esa anhelada ley neutral para resolver su disputa.

En fin, existen gigantescos proyectos internacionales en que la aplicación de normas de distintos países podría tener lugar. En aquellos negocios, los costos envueltos en la búsqueda de los principios comunes

³⁶ ANCEL, Bentrard. *Op. cit.*, pp. 65-72.

de dos ordenamientos jurídicos nacionales pueden entenderse justificados, particularmente, en aquellos casos en que los sistemas nacionales son muy próximos. Empero, en el día a día de la contratación internacional, y para negocios de magnitudes corrientes, parece ser necesario sugerir que las partes deben intentar acordar un ordenamiento jurídico específico como ley aplicable al contrato o, en su defecto, elegir instrumentos de *soft law* que consoliden aquellas reglas que los disputantes estiman resultarán objetivamente adecuadas para la resolución de sus conflictos.

Es cierto, mediante el *trunc commun* se intenta obtener lo mejor de dos o más sistemas jurídicos; sin embargo, la práctica arbitral demuestra que aquello tiene un alto riesgo y costo para las partes disputantes pues, en los hechos, pueda que en realidad no obtengan nada de aquéllos o, más grave aún, sólo lo peor.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Bertrand. «The *Trunc Commun* Doctrine: Logic and Experience in International Arbitration». En *International Arbitration*, 1990, n.º 65.

ANGLADE, Leila. «The use of transnational rules of law in international arbitration». En *Irish Jurist*, 2003, vol. 38.

ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *Stockholm Arbitration Report 2002:1*. Nueva York: Juris Publishing, 2002.

DUVAL, Antoine. «English and French Law: The search for common principles». En *International Business Lawyer*, 1997, n.º 181.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, tomo IV.

GAILLARD, Emmanuel. «Chapter 10. The role of the arbitrator in determining the applicable law. The leading arbitrators' guide to international arbitration». En NEWMAN, Lawrence W. y Richard D. HILL (editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Segunda edición. Nueva York: Juris Publishing, 2008.

HARTLEY, Trevor. *International Commercial Litigation*. Cambridge; Cambridge University Press, 2015.

JUSTITIA ET PACE - INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *The proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person, Session of Athens, 1979*. Recuperado de <https://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_01_en.pdf>.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of arbitral procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36.

LANDAU, Toby. «Arbitral lifelines: The protection of jurisdiction by arbitrators». En Van den Berg, Albert Jan (coordinador). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

LEW, Julian D. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1978.

MOSKVINA, Anastasiia. «Party Choice of Law in International Commercial Arbitration». En *Kazan University Law Review*, 2008, vol. 3.

PETSCHKE, Markus. «International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory». En *Michigan State Journal of International Law*, 2010, n.º 3, vol 18.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. «Le “Tronc Commun” des Lois Nationales en Présence (Réflexions sur le Droit Applicable par l’Arbitre International)». En *Revue de l’Arbitrage*, 1987, n.º 133.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 1990.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. «The Channel Tunnel and the *Tronc Commun* doctrine». En *Journal of International Arbitration*, 1993, n.º 3, vol. 10.

VAN HOUTTE, Hans. «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts». En *Arbitrage Commercial International*, 1995.

EL ORDENAMIENTO APLICABLE A LA CUESTIÓN DE FONDO ANTE EL SILENCIO ENTRE LAS PARTES DEL ACUERDO

*Jorge Bogarín**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Importancia del ordenamiento aplicable a la cuestión de fondo.— 3. Determinación del ordenamiento aplicable a la cuestión de fondo.— 3.1. Acuerdo entre las partes.— 3.2. Silencio de las partes.— 4. ¿Qué hacer ante el silencio de las partes?— 4.1. Disposiciones de leyes arbitrales.— 4.2. Disposiciones de reglamentos de instituciones arbitrales internacionales.— 4.3. Determinación del ordenamiento aplicable.— 4.3.1. Método directo.— 4.3.2. Método indirecto.— 4.3.3. Método de tres pasos.— 4.4. Ordenamiento internacional aplicable al fondo de la cuestión.— 4.5. Sistemas de conflicto de leyes.— 4.5.1. Determinación del sistema de conflicto de leyes a ser aplicado.— 4.5.1.1. Sistema de conflicto de leyes de la sede del arbitraje.— 4.5.1.2. Sistema de conflicto de leyes del país con mayor relación con las partes, el árbitro o la disputa.— 4.5.1.3. Sistema de conflicto de leyes del país que hubiera tenido jurisdicción en caso de no existir un acuerdo arbitral.— 4.5.1.4. Aplicación acumulativa de los sistemas de conflicto de leyes de las jurisdicciones que guarden relación con la disputa.— 4.5.1.5. Determinación del sistema de conflicto de leyes a cargo del árbitro.— 4.6. Jurisprudencia internacional.— 4.6.1. Caso CCI n.º 5460.— 4.6.2. Caso CCI n.º 4237.— 4.6.3. National Thermal

* LLM and International Dispute Resolution, Queen Mary University of London.

Power Corporation v. Singer Co.— 4.6.4. Caso CCI n.º 6281.— 5. Consideraciones finales.— 6. Referencias bibliográficas.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes gozan de la facultad de elegir la ley aplicable al fondo de la cuestión. Sin embargo, en algunos casos las partes omiten tal determinación, lo cual produce una laguna legal en el marco contractual. En dichos casos, el tribunal arbitral deberá encargarse de determinar dicha ley, lo cual puede darse a través del método directo optando por el ordenamiento que consideren apropiado según su criterio, o bien pueden optar por el método indirecto al seleccionar un sistema de conflicto de leyes apropiado que permita determinar la ley aplicable. El presente artículo aborda la mencionada problemática y describe las herramientas que posee el árbitro para llevar a cabo el proceso de determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión, así como su regulación por parte de las principales leyes arbitrales y reglamentos institucionales.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta indiscutible que las partes gozan de autonomía para elegir la ley aplicable para el fondo de la cuestión.¹ Tal potestad goza de reconocimiento a lo largo de las diferentes jurisdicciones y es comúnmente conocida como el principio de autonomía de la voluntad de las partes. No sólo dicho principio es consagrado por los ordenamientos legales de los distintos países, sino que, además, las leyes arbitrales han consagrado y regulado la protección del mismo.

¹ COLLINS, Lawrence y otros. *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. Decimocuarta edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, 32-001, 32-044, 32R-061.

Ahora bien, la elección del ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión puede darse de manera expresa y no conlleva serios inconvenientes. Al respecto, el Convenio de Roma,² en el artículo 3, dispone: «los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias».

No obstante, también es cierto que existen casos en los cuales las partes no ejercen dicha autonomía y omiten la determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión, ya sea de manera expresa o implícita. Esta situación puede darse debido a que las partes no logran ponerse de acuerdo con relación a la legislación aplicable y postergan dicha decisión. Es allí donde surgen distintos inconvenientes y es precisamente el tribunal arbitral el que se encuentra en la difícil tarea de determinar cuál será el ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión ante el silencio de las partes.

Al respecto, la encuesta llevada a cabo por la CCI (Cámara Internacional de Comercio) ha revelado que el 20 % de los arbitrajes presentados ante dicha Cámara no contienen un acuerdo expreso de la ley aplicable al fondo de la cuestión.³

En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han adoptado distintos criterios que facilitan la tarea del tribunal de determinar el ordenamiento aplicable a la cuestión de fondo en cada caso concreto. No obstante, primeramente, el tribunal arbitral deberá decidir si tiene la potestad de decidir, de acuerdo con su propio criterio,

² 80/934/CEE: Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

³ WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, p. 992 (citando a Julian D. M. Lew *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, n.º 2, p. 413).

la legislación aplicable o debe recurrir a sistemas de conflictos de leyes del lugar de la sede del arbitraje en cuestión.⁴

2. IMPORTANCIA DEL ORDENAMIENTO APLICABLE A LA CUESTIÓN DE FONDO

La elección de la ley aplicable al fondo de la controversia es una de las decisiones más importantes que llevan a cabo las partes. Al respecto, la Ley Modelo de la CNUDMI manifiesta que «el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio».⁵

Dicha elección influye de gran manera sobre la resolución de las controversias que eventualmente surjan ya que será aplicada por el tribunal para resolver la controversia en cuestión. Es por ello que las partes no deben tomar a la ligera tal decisión.

En el ámbito del arbitraje internacional, la falta de la determinación expresa de la ley aplicable al fondo de la cuestión conlleva un serio inconveniente, lo cual no se da necesariamente en el caso de resolver una disputa ante la jurisdicción ordinaria. Si las partes optarán por someter sus controversias ante un juez nacional, éste se vería obligado a aplicar las reglas de conflicto de leyes de su jurisdicción. Sin embargo, en el caso del arbitraje, la relación automática entre el árbitro y un sistema nacional de conflicto de leyes no existe.⁶

⁴ MA, Winnie Jo-Mei. «The Law Applicable to the substance of arbitral disputes: Arbitrators' choice in absence of parties' choice». En *Contemporary Asia Arbitration Journal*, n.º 2, vol. 8, p. 188.

⁵ Artículo 28 inciso 1, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

⁶ CROFF, Carlo. «The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Laws Problem?». En *The International Lawyer*, 1982, n.º 4, vol. 16, p. 624.

Asimismo, debe mencionarse que la legislación aplicable al fondo de la cuestión condiciona aspectos de suma importancia relativos al estándar probatorio a ser aplicado. También, la legislación aplicable podría llegar a determinar aspectos relativos a la admisibilidad de la evidencia y el valor probatorio de cada evidencia presentada.⁷ Sin embargo, existen autores que alegan que dichas cuestiones relacionadas a la prueba revisten naturaleza procesal y deben ser resueltas aplicando reglas especializadas en la materia.⁸

3. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE A LA CUESTIÓN DE FONDO

3.1. Acuerdo entre las partes

En la mayoría de los casos, las partes llegan a un acuerdo con relación al ordenamiento que será aplicable para el fondo de la cuestión. Resulta evidente que lo ideal sería que las partes lleguen a un acuerdo sobre la legislación aplicable al fondo de la cuestión. Esto a fin de evitar incertidumbre y falta de certeza jurídica en el marco de su relación contractual.

El mencionado acuerdo se encuentra plasmado en la cláusula estándar de legislación aplicable al contrato o bien lo disponen dentro de la propia cláusula arbitral. Asimismo, debe mencionarse que en ciertos casos dicho acuerdo se da a través de los llamados «términos de referencia» y del intercambio de escritos entre las partes durante el curso del procedimiento arbitral.⁹

⁷ WAICYMER, Jeffrey. *Op. cit.*, p. 981.

⁸ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, pp. 2148-2149.

⁹ United Nations Conference on Trade and Development, *International Commercial Arbitration*, 5.5. Law Governing the Merits of the Dispute, United Nations, New York and Geneva, 2005.

Con relación a los términos de referencia, existen casos en los cuales las reglas de arbitraje elegidas por las partes como, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje de la CCI, proveen la formulación de los términos de referencia,¹⁰ los cuales son redactados por los árbitros luego de consultar con las partes.¹¹ Es, precisamente, en dicha etapa del procedimiento que las partes pueden ponerse de acuerdo con relación a la ley aplicable al fondo de la cuestión, lo cual debe ser respetado por los árbitros.

De igual manera, en la práctica se dan casos en los que la elección de la ley aplicable se da a través de los escritos presentados por las partes. Existen casos en los cuales existe concordancia de opinión entre las partes con relación a la ley aplicable, evidenciado en los escritos presentados por las mismas.¹²

La elección del derecho aplicable no sólo puede darse de manera expresa, sino también existen casos en los cuales la elección del derecho aplicable es tácita. Es decir, «aunque las partes no hayan acordado expresamente el derecho aplicable a su contrato, puede haber referencias a varias provisiones de un sistema jurídico, lo cual podría indicar que lo estaban indicando como derecho aplicable».¹³ Es por ello que varias leyes de arbitraje y reglamentos arbitrales disponen que el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las demás estipulaciones del contrato o cualquier otro indicio que permita desentrañar la elección del derecho aplicable al fondo de la cuestión.

Debe resaltarse que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes gozan del derecho de elegir, en cualquier etapa del

¹⁰ Artículo 23 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2021.

¹¹ United Nations Conference on Trade and Development, International Commercial Arbitration. *Op. cit.*

¹² *Ibidem.*

¹³ MORENO RODRÍGUEZ, José. «Comentario al artículo 35, Ley Aplicable, amigable componedor». En PERALES VISCASILLAS, María del Pilar e IGNACIO TORTEROLA (directores). *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y comentado*. Buenos Aires: Legis, 2011, p. 362.

procedimiento, la ley aplicable al fondo de la cuestión. El tribunal arbitral debe dar a las partes la oportunidad procesal para ponerse de acuerdo al respecto.¹⁴

3.2. *Silencio de las partes*

Como ha sido mencionado, en muchos casos las partes no acuerdan una ley aplicable al fondo de la cuestión. Dicha omisión puede deberse a varios factores como lo son, entre otros:

- a) La falta de acuerdo entre las partes debido a que provienen de sistemas jurídicos distintos.
- b) Priorización de otras cuestiones comerciales al momento de redactar el contrato.
- c) Falta de asesoramiento jurídico al momento de redactar el contrato.

Es allí donde el tribunal arbitral adquiere un rol esencial y debe decidir cuál será el ordenamiento aplicable. Tal decisión se dará de manera directa optando por una ley determinada o bien se dará de manera indirecta a través de un sistema de conflicto de leyes.¹⁵

4. ¿QUÉ HACER ANTE EL SILENCIO DE LAS PARTES?

Ante el silencio de las partes, los tribunales arbitrales deberán decidir si tienen la absoluta discreción de elegir la legislación aplicable al fondo de la controversia o si deben guiarse por lo dispuesto por el sistema de conflicto de leyes de uno o más Estados. Es decir, los árbitros pueden decidir si optan por elegir las normas que consideren apropiadas para

¹⁴ WAINCYMER, Jeffrey. *Op. cit.*, p. 980.

¹⁵ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012.

resolver la disputa o bien guiarse por el sistema de conflicto de leyes de una determinado Estado. Al hablar de «normas apropiadas», puede ser el caso de la ley de un Estado, una convención internacional o bien *lex mercatoria*.¹⁶

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, dispone en su artículo 9 que «si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos».

Por su parte, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, dispone en el artículo VII(2) cuanto sigue:

Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

Cabe destacar que ni la Convención de Nueva York ni la mayoría de la legislación arbitral internacional permiten expresamente la denegación del reconocimiento del laudo arbitral alegando como causal el razonamiento erróneo del árbitro al determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión.¹⁷ No obstante,

[...] la ley aplicable al fondo puede conectarse bajo determinadas circunstancias con otros motivos de anulación, esencialmente los referidos al incumplimiento del mandato fijado por las partes en el

¹⁶ United Nations Conference on Trade and Development, International Commercial Arbitration. *Op. cit.*

¹⁷ BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

acuerdo arbitral, el respeto del principio contradictorio, en el proceso, y, por supuesto, el orden público.¹⁸

4.1. Disposiciones de leyes arbitrales

Con relación a la determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión, no existe uniformidad entre las distintas leyes de arbitraje. Por un lado, existen leyes de arbitraje que optan por otorgar mayor discreción al árbitro en aquellos casos que la ley no ha sido determinada por las partes, permitiendo que el árbitro opte por las normas de derecho que considere pertinentes. Sin embargo, existen leyes de arbitraje que consagran el método indirecto y disponen que el árbitro aplique las normas de conflicto de leyes que considere apropiadas a fin de determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión.

Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI dispone en su artículo 28 inciso 2 cuanto sigue: «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables». Puede observarse cómo la Ley Modelo adopta una posición más restrictiva con relación a la potestad del árbitro de determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión, ya que el árbitro se encuentra condicionado a las reglas de un sistema de conflicto de leyes determinado.

Por su parte, la Ley de Arbitraje de España¹⁹ dispone en el artículo 34(2) que «si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas». De igual manera, la Ley estipula en el inciso 3 del mencionado artículo que «en todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables». En este punto puede notarse como la Ley

¹⁸ VÁSQUEZ PALMA, M^a Fernanda y Álvaro VIDAL OLIVARES. «El contrato y el derecho aplicable como dispositivos para la resolución de los conflictos en el arbitraje internacional». En: *Ius Et Praxis*, 2019, n.º 1, vol. 25, pp. 383-414. Recuperado de <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100383>>.

¹⁹ Ley 60/2003 de 23 de diciembre.

de Arbitraje española otorga mayor libertad al árbitro para determinar la ley aplicable y no estar condicionado a un determinado sistema de conflicto de leyes.

La Ley de Arbitraje japonesa adopta una posición diferente y dispone en el artículo 36(2) que «a falta de acuerdo [...] el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del Estado con el que la controversia civil objeto del procedimiento arbitral esté más vinculado».

4.2. Disposiciones de reglamentos de instituciones arbitrales internacionales

El Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 21.1., dispone cuanto sigue: «Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas». A fin de guiar al tribunal, el mencionado reglamento dispone que deberá tener en cuenta «las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes».

Por su lado, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también adopta una posición similar a la adoptada por la CCI. Dicho Reglamento otorga al tribunal la potestad de aplicar la ley que considere apropiada.²⁰

De igual manera, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional dispone en su artículo 33(1) que «el tribunal arbitral decidirá el caso conforme a las normas jurídicas que las partes hayan acordado, o, en ausencia de una elección del derecho aplicable, con arreglo a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha con el litigio».

²⁰ Artículo 35.1 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Por otro lado, el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres prioriza el derecho de las partes de ser oídas en el marco de la determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión. Específicamente, el mencionado Reglamento dispone en el artículo 22.1 cuanto sigue:

A menos que las partes acuerden lo contrario por escrito en cualquier momento, el tribunal arbitral tendrá el poder, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, pero en cualquier caso sólo después de dar a las partes una oportunidad razonable para expresar sus puntos de vista. (C) Llevar a cabo las investigaciones que puedan parecer necesarias o convenientes para el tribunal arbitral, incluyendo si el tribunal arbitral debe tomar la iniciativa en sí mismo y en qué medida para identificar los problemas y determinar los hechos relevantes y la(s) ley(s) o reglas de derecho aplicable al arbitraje, el fondo de la controversia de las partes y el acuerdo de arbitraje.

Como podrá observarse, la mayoría de los reglamentos de arbitraje de los distintos centros otorgan al tribunal arbitral la potestad de decidir, ante el silencio de las partes, el ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión. No obstante, algunos reglamentos disponen ciertas limitaciones a tal potestad, como la de escuchar a las partes o de tener en cuenta las demás estipulaciones contractuales relevantes.

4.3. Determinación del ordenamiento aplicable

En el hipotético caso que las partes no hayan acordado el ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión, el tribunal arbitral cuenta con dos opciones. Al respecto, han sido identificados dos métodos en virtud de la jurisprudencia internacional. Por un lado, se encuentra el método directo y, por el otro, el método indirecto.

4.3.1. Método directo

El método directo es aquél que consiste en la determinación directa e independiente del árbitro de la ley aplicable, sin recurrir a ningún sistema de conflicto de leyes. La decisión queda a criterio del árbitro.

La aplicación del método directo puede darse de dos maneras. Por un lado, se encuentra el *voie directe* ilimitado que puede darse de manera ilimitada, es decir, permitiendo a los tribunales arbitrales la aplicación de cualquier tipo de norma o estandar, o bien estar limitados a leyes nacionales, acuerdos contractuales o usos comerciales.²¹

Por otro lado, en la práctica se da el *voie directe* limitado cuya aplicación se ve condicionada a determinados requisitos como, por ejemplo, que la ley elegida por los árbitros tenga la conexión más cercana con la disputa.²²

El mencionado método es regulado por diversos reglamentos de arbitraje internacionales. Un ejemplo es el del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, mencionado *ut supra*. Al respecto, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI, al analizar el texto del Reglamento, consideró que simplemente remitir al árbitro a un sistema de conflicto de leyes «no impartía orientación al tribunal arbitral para determinar la regla de conflicto de leyes que fuera aplicable al caso».²³

Sin embargo, el mencionado Grupo de Trabajo consideró que el método directo

[...] ofrecía una oportunidad para modernizar el Reglamento al facultar al tribunal arbitral para seleccionar directamente ciertos instrumentos,

²¹ LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003.

²² *Ibidem*.

²³ Rep. of the Working Group III (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 51st Sess., Sept. 14-18, 2009, ¶ 94, U.N. Doc. A/CN.9/684 (Nov. 10, 2009).

como pudiera ser la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales [...].

Es por ello que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI adoptó el método indirecto y determina que el árbitro deberá elegir la legislación aplicable que considere apropiada en caso de existir silencio de las partes al respecto. Tal disposición se encuentra regulada en el artículo 35(1).

4.3.2. Método indirecto

Por otro lado, el método indirecto es aquél que consiste en que el árbitro se base en un sistema de conflicto de leyes específico para determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión. El presente método se basa en reglas predeterminadas a fin de resguardar la certeza y neutralidad en el procedimiento arbitral.²⁴

Con relación al método indirecto, el Grupo de Trabajo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consideró que, en muchos casos, el método indirecto implemento en algunas leyes de arbitraje nacionales o reglamentos de arbitraje no provee mayor asistencia al árbitro para determinar el sistema de conflicto de leyes aplicable. Es decir, no disponen ciertas reglas que el árbitro debe seguir a fin de determinar cuál sistema aplicar.

Por ejemplo, el método indirecto es adoptado por la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI en el artículo 28(1).

4.3.3. Método de tres pasos

Los reconocidos juristas Lew, Kroll y Mistelis han elaborado un método de tres pasos para determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión.

²⁴ WAINCYMER, Jeffrey. *Op. cit.*, pp. 994-95.

Tales pasos implican una serie de preguntas que deben ser respondidas en el marco de la determinación de la ley de fondo. Tales pasos son:²⁵

- a) ¿Existe una elección de ley por parte de las partes? En caso afirmativo, ¿cubre toda la controversia ante el tribunal? ¿Existe alguna contradicción con las normas obligatorias o las políticas públicas? En cualquier caso, ¿es posible resolver la disputa apoyándose exclusivamente en el contrato?
- b) En ausencia de elección de la ley por las partes, ¿es posible determinar la ley aplicable o el estándar no legal sin hacer referencia al conflicto de leyes? ¿Es ésta una ley apropiada o un estándar no legal para esta disputa en particular?
- c) Si es necesario emplear reglas de conflicto de leyes, ¿qué reglas de conflicto de leyes debemos aplicar? ¿Existe un sistema de conflicto de leyes más estrechamente relacionado con la disputa? ¿Es posible aplicar acumulativamente todos los sistemas de conflicto de leyes relevantes? ¿Es posible aplicar reglas de conflicto de leyes generalmente aceptadas?

4.4. Ordenamiento internacional aplicable al fondo de la cuestión

Si bien no existe un cuerpo normativo internacional de conflicto de leyes, al momento de determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión, los árbitros podrían tener en cuenta lo establecido en la *lex mercatoria* internacional o el derecho consuetudinario comercial internacional.²⁶ Si bien no existe un cuerpo normativo internacional, cobran relevancia aquellos instrumentos internacionales como los Principios

²⁵ LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. *Op. cit.*

²⁶ MUKHERJEE, Debanshu. «Proper Law in International Arbitrations Involving Contractual Claims: When Parties Fail to Choose». En *National Law School of India Review*, 2008, n.º 1, vol. 20, pp. 62-75. Recuperado de <<http://www.jstor.org/stable/44283672>>.

Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (CISG, por sus siglas en inglés).

En este sentido, debe resaltarse que los principios Unidroit representan una opción viable para lograr un acuerdo entre partes provenientes de distintas tradiciones jurídicas. Esto se debe a que dichos principios enuncian «aquellos principios y reglas en materia contractual que son comunes a los principales sistemas jurídicos existentes, y/o indicar la solución que más se adapta a las particulares exigencias del derecho internacional».²⁷

Por otro lado, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías «reúne en un texto convencional de derecho uniforme principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercial internacional».²⁸ A la fecha, la Convención ha sido ratificada por más de setenta países gozando así de gran aceptación por la comunidad internacional en cuanto a sus disposiciones y, sobre todo, su aplicación como ley aplicable al contrato en cuestión.

4.5. *Sistemas de conflicto de leyes*

Como ha sido mencionado, muchas leyes nacionales de arbitraje y reglamentos de instituciones de arbitraje han adoptado el método indirecto en el marco de la determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión ante el silencio de las partes. Tal método remite a los árbitros al sistema de conflicto de leyes que considere pertinente. No obstante, el árbitro deberá decidir cual será el sistema de conflicto de leyes aplicable en cada caso. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia internacional han ido desarrollando diversas teorías que permiten al árbitro optar por un determinado sistema de conflicto de leyes.

²⁷ RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Segunda edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

²⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José. *Op. cit.*, pp. 354-384.

4.5.1. Determinación del sistema de conflicto de leyes a ser aplicado

4.5.1.1. Sistema de conflicto de leyes de la sede del arbitraje

En apoyo a la presente teoría se menciona que al aplicarla se estaría respetando la voluntad de las partes. Es decir, las partes pueden elegir libremente la sede del arbitraje y, por tanto, indirectamente elegir el sistema de conflicto de leyes aplicable.²⁹ De cierta manera, al aplicar esta teoría el tribunal estaría priorizando el aspecto jurisdiccional del arbitraje.

Asimismo, algunos juristas sostienen en defensa de esta teoría que el sistema de conflicto de leyes de la sede es vinculante debido a que provee la ley procesal (o *lex fori*) para el procedimiento arbitral.³⁰

Tal teoría es adoptada por numerosas leyes nacionales de arbitraje. Por ejemplo, tal es el caso de Noruega, cuya ley de arbitraje dispone que, en caso de no existir acuerdo de las partes con relación al ordenamiento aplicable, el tribunal arbitral deberá aplicar el sistema de conflicto de leyes noruego.³¹ Por otro lado, la ley de arbitraje de Yemen³² también dispone que el tribunal arbitral aplicará el sistema de conflicto de leyes de Yemen para determinar la ley aplicable al contrato.

Por ejemplo, en jurisdicciones como la inglesa, las cortes inglesas tienden a fallar en favor del argumento de que al optar por Londres como la sede el arbitraje; esto implicaría que existe una elección tácita de la Ley Inglesa como la aplicable al fondo de la cuestión.³³

²⁹ CROFF, Carlo. *Op. cit.*, p. 624.

³⁰ BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*.

³¹ The Arbitration Act of 14 May 2004 n.º 25 § 3.

³² Decreto Presidencial de Yemen n.º 22 (1992), Arbitration Act artículo 45.

³³ BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*. Tzortzis & Sykas v. Monark Line A/B [1968] 1 Lloyd's Rep 337, 413 (English Ct. App.)

Sin embargo, existen autores que alegan que el lugar de arbitraje es elegido, basándose en factores que no guardan relación la ley nacional del país de la sede.³⁴ Asimismo, ha sido argumentado que la presente teoría se encuentra basada en dos presunciones incorrectas: primera-mente, la premisa que el tribunal arbitral tiene la misma función que un juzgado nacional, y la segunda, que el sistema de conflicto de leyes nacional se aplica no sólo a procedimientos judiciales, sino que también a procedimientos arbitrales internacionales de la jurisdicción en cuestión.³⁵

Por tanto, no existe un criterio uniforme en la comunidad internacional con relación a la elección implícita de la ley del país donde se encuentra la sede del arbitraje.

4.5.1.2. Sistema de conflicto de leyes del país con mayor relación con las partes, el árbitro o la disputa

En algunos casos, ante el silencio de las partes, los tribunales arbitrales aplican el sistema de conflicto de leyes del país que posea la relación más cercana y real con la disputa.³⁶

Varios factores son tenidos en cuenta para determinar cuál es el país con mayor relación, tales como el lugar donde se firmó el contrato, donde se ejecuta el contrato, el lugar de residencia de las partes o bien la naturaleza y objeto del contrato.³⁷

De igual manera, algunos tribunales arbitrales tienen en cuenta en dónde será ejecutado el laudo arbitral a fin de determinar cuál es el Estado con mayor relación con la disputa. No obstante, dicha premisa

³⁴ REDFERN, Alan y otros. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta edición. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 120; SCC Case No. 117/1999 del 2001, 2002: Stockholm Arb. Rep.

³⁵ JONES, Doug. «Choosing the Law or Rules of Law to govern the substantive rights of the parties, A discussion of *voie directe* and *voie indirecte*». En *Singapore Academy of Law*, 2014, vol. 26.

³⁶ COLLINS, Lawrence y otros. *Op. cit.*, 1993, p. 1232.

³⁷ MUKHERJEE, Debanshu. *Op. cit.*, pp. 62-75.

puede resultar de difícil aplicación ya que en la práctica tienden a surgir múltiples opciones de jurisdicciones donde el laudo arbitral será ejecutado, creando de esa manera cierta incertidumbre al respecto.³⁸

La presente teoría ha sido criticada por diversos autores por ignorar la autonomía del procedimiento arbitral, ya que los árbitros priorizan los intereses y políticas determinados en las normas del conflicto del país con mayor relación.³⁹

4.5.1.3. Sistema de conflicto de leyes del país que hubiera tenido jurisdicción en caso de no existir un acuerdo arbitral

La presente teoría constituye una de las más criticadas. La misma fue sostenida por el jurista italiano Dionisio Anzilotti, hace más de cien años. El razonamiento que sustenta la presente teoría se basa en el hecho de que el país fue despojado de su autoridad jurisdiccional por la cláusula arbitral y, por tanto, debe reafirmar su control sobre el arbitraje de esta manera.⁴⁰

Una de las críticas más comunes a esta teoría se basa en la falta de certeza e inconveniencia que genera el hecho de cargar al árbitro con la difícil tarea de determinar cuál hubiera sido la jurisdicción aplicable en el hipotético caso de no existir un acuerdo arbitral.⁴¹

³⁸ JONES, Doug. *Op. cit.*

³⁹ LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. *Op. cit.*, p. 413.

⁴⁰ CROFF, Carlo. *Op. cit.*, p. 624.

⁴¹ *Ibidem.*

4.5.1.4. Aplicación acumulativa de los sistemas de conflicto de leyes de las jurisdicciones que guarden relación con la disputa

Esta teoría se basa en la premisa que el árbitro, en lugar de aplicar sólo un sistema de conflicto de leyes, tiene en cuenta todos los sistemas que guardan relación con la disputa. Asimismo, debe mencionarse que dicha teoría tiene como premisa que al aplicarla se da la situación que todos los sistemas de conflicto de leyes arriban a la misma conclusión, es decir, concluyen como aplicable al contrato la misma ley. Sin embargo, esta teoría sólo es aplicable en casos donde existe un «falso conflicto», el cual se da cuando las leyes de Estados distintos no difieren con relación a un tema en particular y cuya aplicación deriva en la misma conclusión. Por ejemplo, puede darse que en un conflicto donde todas las partes pertenezcan a la Unión Europea, el tribunal arbitral, a fin de determinar la ley aplicable al fondo de la cuestión, aplique el sistema de conflicto de leyes dispuesto en el Reglamento Roma I o en el Reglamento Roma II.⁴²

De igual manera, ha sido argumentado que la aplicación de dicha teoría satisfará a las partes y cualquier Estado donde el laudo arbitral pueda ser ejecutado reconocerá como legítima y pertinente la decisión tomada por el árbitro, ya que la decisión se encuentra basada en todos los sistemas de conflicto de leyes relacionados con la disputa.⁴³ Es por ello que la presente teoría es alegada como un medio de protección contra cualquier alegación de inejecutabilidad del laudo por no aplicarse el sistema de conflicto de leyes apropiado.⁴⁴

⁴² SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009, n.º 1, vol. LXI.

⁴³ CROFF, Carlo. *Op. cit.*, p. 629.

⁴⁴ BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*.

4.5.1.5. Determinación del sistema de conflicto de leyes a cargo del árbitro

La presente teoría se basa en la naturaleza contractual del arbitraje. Al respecto, se argumenta que el arbitraje se basa en la voluntad de las partes y el reconocimiento de dicha autonomía se extiende al árbitro, cuya autoridad deriva del acuerdo de las partes. Por tanto, resulta lógico argumentar que, en consecuencia, él debería gozar de la potestad de determinar el sistema de derecho internacional privado que considere más apropiado.⁴⁵

No obstante, el árbitro debe tener cuidado de no sobrepasar sus facultades o abusar de autoridad al momento de resolver cuestiones tan fundamentales como la determinación de ley aplicable al fondo de la cuestión.⁴⁶ Es por ello que todo árbitro debe tener conocimiento de la ley que resulte aplicable a la disputa a fin de no cometer tales actos que podrían derivar en la denegación del reconocimiento del laudo arbitral o su anulación.

Asimismo, la labor de los árbitros se encuentra limitada por principios procesales fundamentales vinculados con el debido proceso, entre los cuales se encuentran: garantizar a cada parte su derecho de ser oída y presentar su caso, tratar de manera igual igualitaria a ambas partes, garantizar la transparencia del procedimiento arbitral, entre otros.⁴⁷

Los árbitros deben seleccionar el sistema de conflicto de leyes que resulte apropiado en virtud de la ley que rige el procedimiento arbitral y la cláusula arbitral, sin convertirse enteramente en una decisión discrecional. Es decir, el árbitro no podrá elegir el sistema de conflicto

⁴⁵ CROFF, Carlo. *Op. cit.*

⁴⁶ LEW, Julian. «Iura Novit Curia and Due process». En *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 2011, n.º 72/2010.

⁴⁷ POUDRET, Jean-Francois; BESSON, Sebastien; BERTI, Stephen y Annette PONTI. *Comparative Law of International Arbitration*. Segunda edición. Londres: Sweet and Maxwell, 2007.

de leyes de su país solo porque le resulte más familiar, sin ningún tipo de relación con la controversia.⁴⁸

A fin de asistir al árbitro en la difícil labor de determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión, la Asociación Internacional de Derecho (ILA, por sus siglas en inglés) redactó un informe que contiene una serie de recomendaciones⁴⁹ para determinar correctamente la ley aplicable. Dicho informe contiene quince recomendaciones que los árbitros deben tener en cuenta al momento de determinar la ley aplicable al fondo.

Como consideraciones generales, el mencionado Informe dispone cuanto sigue:

1. En cualquier momento del proceso que surja una cuestión que requiera la aplicación de una norma de derecho (incluida una cuestión de jurisdicción, procedimiento, méritos o conflictos de las leyes), los árbitros deben identificar las potenciales leyes y normas aplicables y conocer su contenido en la medida en que sea necesario para decidir la disputa.
2. Al determinar el contenido de las leyes y normas aplicables, los árbitros deben respetar el debido proceso y el orden público, proceder de manera justa para las partes, formular un laudo dentro de la sumisión a arbitraje y evitar parcialidad o apariencia de parcialidad.

4.6. Jurisprudencia internacional

La presente sección tendrá como objetivo ilustrar al lector acerca de las distintas posiciones que han adoptado los tribunales arbitrales cuando las partes no acuerdan de manera expresa el derecho aplicable al fondo de la cuestión. Los siguientes fallos arbitrales involucran distintas

⁴⁸ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*.

⁴⁹ Recomendaciones de la Asociación de Derecho Internacional sobre la determinación del contenido de la Ley Aplicable en Arbitraje Comercial Internacional. Resolución 6/2008.

jurisdicciones y los distintos métodos descriptos en el presente artículo son utilizados para determinar la ley aplicable.

4.6.1. Caso CCI n.º 5460⁵⁰

El conflicto se originó en virtud de una franquicia celebrada entre un franquiciador austriaco y un franquiciado sudafricano. El contrato contenía una cláusula que sometía la resolución de disputas a la jurisdicción de la Corte de Arbitraje de la CCI. Sin embargo, no contenía disposición alguna con relación a la sede del arbitraje. Finalmente, la Corte de Arbitraje de la CCI seleccionó Londres como sede del arbitraje. El tribunal consideró que como Londres era la sede del arbitraje, cualquier duda acerca del derecho aplicable al contrato debería ser tratada teniendo en cuenta el derecho internacional privado de Inglaterra. A fin de determinar la ley aplicable a un contrato, dicha legislación establece que se dará prioridad a la ley del lugar con relación al cual el contrato tiene la conexión más cercana. Luego de analizar dónde las principales obligaciones del contrato serían ejecutadas, el tribunal llegó a la conclusión que la ley aplicable al fondo de la cuestión sería la de Sudáfrica.

4.6.2. Caso CCI n.º 4237⁵¹

El presente caso tiene como partes a una entidad estatal siria y a una entidad estatal de Ghana. Las partes habían seleccionado a París como la sede del arbitraje y a la Ley de Arbitraje Internacional francesa como ley procesal. Entre las partes no existió acuerdo con relación a la ley aplicable al contrato, por lo cual el tribunal debió determinar cuál sería la ley aplicable. Al respecto, la ley francesa contiene disposiciones relativas al conflicto de leyes. El artículo 1496 del Código Procesal Civil francés otorga facultad al arbitro de determinar cuál serán las normas de

⁵⁰ Extraído de BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*; 964 XIII Y.B. Comm. Arb. 104 (1988).

⁵¹ X Y.B. Comm. Arb. 52 (1985).

derecho aplicables, en caso de existir silencio de las partes al respecto. El árbitro tuvo en cuenta el carácter internacional del arbitraje para seguir la tendencia adoptada por otros tribunales, la de optar por la regla de conflicto de leyes que otorga prioridad a la ley del lugar con el cual el contrato tiene una conexión más cercana. En virtud de dicho razonamiento, el tribunal concluyó que la ley aplicable en principio sería la de Inglaterra. No obstante, en virtud de que los demandados alegaron que la ley aplicable era la Ley de Ghana y dicha ley promulgó la Ley Inglesa de Venta de Productos, el tribunal falló a favor de que la disputa sea resuelta en virtud de la Ley Inglesa.

***4.6.3. National Thermal Power Corporation v. Singer Co.*⁵²**

En el presente caso, la Corte Suprema de la India manifestó que en casos donde las partes no hayan seleccionado expresa o tácitamente la ley aplicable al fondo de la cuestión, las cortes deberán aplicar el test objetivo para determinar cuál es la ley que las partes hubieran (desde un punto de vista de una persona razonable) elegido para regir el fondo de la controversia. Además, la Corte Suprema observó que el lugar de la sede del arbitraje no tiene relevancia alguna para determinar la ley aplicable al contrato.⁵³

4.6.4. Caso CCI n.º 6281

En el presente caso el tribunal arbitral, con sede en París, debía determinar la ley aplicable al contrato. Al respecto, debía decidir si aplicaba el sistema de conflicto de leyes de Francia, Yugoslavia o Egipto. El sistema de conflicto de leyes de Francia determinaba que la ley aplicable al fondo era la del domicilio del vendedor yugoslavo. Por otro lado, el sistema de conflicto de leyes egipcio determinaba que la ley

⁵² 1993 AIR 998, 1992 SCR (3) 106.

⁵³ Cabe destacar que el conflicto principal se dio en virtud de la ley aplicable a la cláusula arbitral y no al contrato. Sin embargo, constituye un caso emblemático en la India, por lo cual resulta necesario citarlo a fin de conocer la posición de los tribunales en distintas jurisdicciones.

aplicable sería la del lugar de la firma del contrato; y el sistema de Yugoslavia determinada que la ley aplicable sería la del lugar de la oficina principal del vendedor. Es decir, todos los sistemas indicaban un lugar distinto para tener en cuenta en el marco de la determinación de la ley aplicable. No obstante, la aplicación de los tres sistemas de conflicto de leyes resolvía que la ley aplicable al fondo era la ley yugoslava.⁵⁴

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como ha sido demostrado a lo largo del presente artículo, al no acordar la ley aplicable al fondo de la cuestión, las partes están indirectamente otorgando la potestad de hacerlo al tribunal arbitral. Esto es reconocido por las leyes nacionales de arbitraje y reglamentos de instituciones de arbitraje. Si bien existe consenso con relación a la potestad del tribunal de pronunciarse acerca de la ley aplicable en caso de existir silencio de de las partes, no existe consenso con relación a cómo será determinada tal ley.

La posición adoptada tanto por leyes nacionales como por reglamentos de instuciones arbitrales difiere con relación a limitar o ampliar la potestad de decisión del árbitro. Dicha determinación puede darse a través del método directo o el indirecto.

Claramente, lo ideal sería que las partes lleguen a un acuerdo con relación al ordenamiento aplicable al fondo de la cuestión y lo plasmen de manera expresa en el contrato. Caso contrario, tal silencio crearía inestabilidad jurídica en la relación contractual y conllevaría problemas a largo plazo.

⁵⁴ JONES, Doug. *Op. cit.*

Asimismo, puede observarse cómo la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje y las reglas institucionales no proveen disposiciones claras que puedan guiar al tribunal arbitral en el marco de la determinación de la ley aplicable al fondo de la cuestión.

Resulta necesario llevar a cabo una reforma dentro de la comunidad arbitral a fin de brindar estabilidad y predictibilidad al procedimiento arbitral para aquellos casos en los cuales las partes no han acordado la ley aplicable al fondo de la cuestión. Las leyes nacionales y los reglamentos institucionales deben brindar mayor claridad a los árbitros sobre cómo proceder ante el silencio de las partes.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Material and Cases*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

COLLINS, Lawrence y otros. *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. Decimocuarta edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2006 (duodécima edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1993).

CROFF, Carlo. «The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Laws Problem?». En *The International Lawyer*, 1982, n.º 4, vol. 16.

JONES, Doug. «Choosing the Law or Rules of Law to govern the substantive rights of the parties, A discussion of *voie directe* and *voie indirecte*». En *Singapore Academy of Law*, 2014, vol. 26.

LEW, Julian. «Dura Novit Curia and Due process». En *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 2011, n.º 72/2010.

LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003.

MA, Winnie Jo-Mei. «The Law Applicable to the substance of arbitral disputes: Arbitrators' choice in absence of parties' choice». En *Contemporary Asia Arbitration Journal*, n.º 2, vol. 8.

MORENO RODRÍGUEZ, José. «Comentario al artículo 35, Ley Aplicable, amigable componedor». En PERALES VISCASILLAS, María del Pilar e Ignacio TORTEROLA (directores). *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y comentado*. Buenos Aires: Legis, 2011.

MUKHERJEE, Debanshu. «Proper Law in International Arbitrations Involving Contractual Claims: When Parties Fail to Choose». En *National Law School of India Review*, 2008, n.º 1, vol. 20, pp. 62-75. Recuperado de <<http://www.jstor.org/stable/44283672>>.

POUDRET, Jean-Francois; BESSON, Sebastien; BERTI, Stephen y Annette PONTI. *Comparative Law of International Arbitration*. Segunda edición. Londres: Sweet and Maxwell, 2007.

REDFERN, Alan y otros. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta edición. London: Sweet & Maxwell, 2004.

RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Segunda edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009, n.º 1, vol. LXI.

VÁSQUEZ PALMA, M^a Fernanda y Álvaro VIDAL OLIVARES. «El contrato y el derecho aplicable como dispositivos para la resolución de los conflictos en el arbitraje internacional». En: *Ius Et Praxis*, 2019, n.º 1, vol. 25, pp. 383-414. Recuperado de <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100383>>.

WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

LA APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

Jacqueline Lopez Wismer*

Sumario: 1. Introducción.— 2. Los datos clave más importantes sobre los Principios.— 2.1. Breve historia.— 2.2. Características especiales.— 2.2.1. *Soft law* (derecho blando).— 2.2.2. Un medio no legislativo.— 2.2.3. *Restatement*.— 2.2.4. Representación «mixta».— 3. El ámbito de la aplicabilidad de los Principios.— 3.1. El ámbito de la aplicación general.— 3.1.1. «Internacionalidad» del contrato.— 3.1.2. «Mercantilidad» del contrato.— 3.2. Los Principios como *lex contractus*.— 3.2.1. Sistemas jurídicos nacionales.— 3.2.2. Arbitraje.— 3.2.3. Cláusulas modelo.— 3.3. Referencia a principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.— 3.3.1. Cláusulas a favor de «los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes».— 3.3.2. Cláusulas a favor de los «usos» o «usos comerciales internacionales».— 3.4. Párrafo 4 del Preámbulo: la ausencia de selección del derecho aplicable al contrato.— 3.4.1. Los Principios como *lex contractus* cuando no hay una elección de ley.— 3.4.2. Los Principios como *lex contractus* cuando hay una elección de ley negativa.— 3.4.3. Los Principios como *lex contractus* en el caso de designación simultánea de dos o más derechos nacionales.— 3.5. Los Principios como medio para interpretar o

* MCI Arb. LL.M. ESADE, Barcelona.

complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.— 3.6. Los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional.— 3.7. Los Principios como modelo para legisladores nacionales e internacionales.— 3.8. Otros usos posibles de los Principios.— 4. Algunos comentarios finales.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que el 2020, el 2021 estará dominado por la pandemia del coronavirus. En los negocios internacionales, la pandemia ha reducido significativamente o detenido por completo gran parte de la actividad económica. Esto ha tenido un impacto directo en las transacciones del mercado, así como en las relaciones contractuales en curso. Los problemas para cumplir con las obligaciones contractuales se han convertido en una de las consecuencias más notables y extendidas de la pandemia.¹ Así, los empresarios y los abogados han tenido que preguntarse qué parte tendría que soportar los riesgos de incumplimiento en el contexto de un contrato internacional si la pandemia provocara interrupciones contractuales. Se ha discutido si la pandemia constituye una «fuerza mayor»² (*force majeure, acts of God*) y qué consecuencias legales tiene en la relación contractual entre las partes. Para aclarar estas cuestiones, el primer paso es examinar el contrato acordado entre las partes: ¿acordaron las partes una cláusula de «fuerza mayor»? ¿Han definido el término? ¿Cuáles son las consecuencias del contrato? ¿Acordaron las partes una cláusula de

¹ Véase UNIDROIT. *Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial and the COVID-19 Health Crisis*, 15 de julio del 2020, p. 4, Rn. 7. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>>.

² En general, los distintos sistemas jurídicos entienden de forma similar el término «fuerza mayor». En particular, se entiende como «fuerza mayor» un «acontecimiento que procede del exterior, no tiene ninguna relación operativa y no puede evitarse ni siquiera con la máxima diligencia razonable», por lo que se entienden como «fuerza mayor» acontecimientos como catástrofes naturales, guerras, disturbios políticos y epidemias, Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal de Alemania), sentencia de 16 de mayo de 2017, Az: X ZR 142/15.

ley aplicable? ¿Prevé el contrato un arbitraje? Si las partes no han acordado nada de este tipo, el derecho internacional privado regirá la ley aplicable. Hay que tener en cuenta que no sólo los sistemas jurídicos nacionales prevén diferentes conceptos en el contexto de la «fuerza mayor»,³ sino que algunos sistemas jurídicos no regulan explícitamente el concepto de fuerza mayor en una ley o código pertinente. Por si fuera poco, la jurisprudencia sobre este tema no siempre es coherente.⁴ Una mirada al nivel transnacional muestra que Unidroit,⁵ con sus Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (Principios), ha elegido un enfoque flexible y uniforme cuando se trata de las cuestiones de «fuerza mayor» (artículo 7.1.7)⁶ y «excesiva onerosidad» (artículos 6.2.1. - 6.2.3.).⁷ Además, los Principios regulan otros principios generales que pueden ayudar a las partes a encontrar una solución en

³ En el ámbito nacional, las dos situaciones mencionadas anteriormente se discuten normalmente según conceptos tradicionales como *frustration*, *act of God*, *impossibilité*, *Unmöglichkeit*, «imposibilidad en el cumplimiento» o de *imprévision*, *Störung der Geschäftsgrundlage*, *rebus sic stantibus*, sólo para mencionar algunos de ellos, y las soluciones pueden variar considerablemente de un país a otro.

⁴ Véase UNIDROIT. *Op. cit.*, p. 4, Rn. 7.

⁵ Unidroit - Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, una organización intergubernamental con 63 Estados miembros procedentes de los cinco continentes (véase la lista en <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>>).

⁶ Artículo 7.1.7 Fuerza mayor: «(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido».

⁷ Artículo 6.2.2. Excesiva onerosidad: «Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja».

situaciones de conflictos contractuales: «buena fe y lealtad negocial» (artículo 1.7)⁸ y «cooperación entre las partes» (artículo 5.1.3).⁹

Sin querer ahondar más en el tema, esta introducción pretende mostrar que los Principios pueden resolver problemas cruciales en la realidad entre las partes de forma conciliadora y que, por tanto, están a la altura de su elevada pretensión autoimpuesta de querer servir «de modelo para los legisladores nacionales e internacionales».¹⁰ Así, varias jurisdicciones nacionales han adoptado las cláusulas de fuerza mayor y de excesiva onerosidad de los Principios, bien al pie de la letra o con pequeñas modificaciones.¹¹

Con ello, los Principios no se ven a sí mismos como un mero modelo para los legisladores nacionales e internacionales, sino que se ven a sí mismos como:

[...] a useful tool to deal with the distress caused to contractual relationships, offering solutions to the parties (concerning existing or future contracts), adjudicators (judicial or in the context of alternative dispute resolution) and legislators (seeking to adjust or modernise their contract law) alike.¹²

Está claro que cada caso individual requiere una consideración diferenciada. Su objetivo no es hacer afirmaciones de validez general, sino

⁸ Artículo 1.7 Buena fe y lealtad comercial: (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

⁹ Artículo 5.1.3 Cooperación entre las partes: «Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de ésta última».

¹⁰ Párrafo 7 del «Preámbulo»: «Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales».

¹¹ Incluso la República Popular de China (sólo fuerza mayor), la Federación de Rusia, Francia, Argentina, Estonia, Lituania o Brasil. A nivel internacional, la Cláusula de Excesiva Onerosidad de la ICC (ICC Hardship Clause) 2020 fue inspirada por los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios. Asimismo, los Acuerdos Modelo de Joint Venture Contractual del ITC publicados en 2004 por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO declaran expresamente que los artículos 18 y 19, relativos a la excesiva onerosidad y a la fuerza mayor, respectivamente, se inspiraron en las disposiciones correspondientes de los Principios, véase UNIDROIT. *Op. cit.*

¹² UNIDROIT. *Op. cit.*, pp. 24-25, Rn. 52.

que quiere contribuir a ofrecer soluciones matizadas a las partes. Aquí es donde la flexibilidad necesaria, que es de lo que se trata en los Principios, resulta útil. En particular, con la introducción de los contratos a largo plazo en 2016, los Principios demuestran que siempre están al tanto de las especificidades y condiciones del mercado internacional y que cumplen con sus propios requisitos. Así, proporcionan herramientas de vanguardia, probadas en la práctica, para hacer frente a diversos problemas; son un conjunto de normas resultado de años de estudio y análisis, con la participación y el consenso de muchos académicos y profesionales de renombre en la materia, del derecho civil y del derecho común.¹³

2. LOS DATOS CLAVE MÁS IMPORTANTES SOBRE LOS PRINCIPIOS

A día de hoy se han publicado cuatro ediciones de los Principios. La edición actual es del año 2016 y consta de 211 artículos con 11 capítulos, además del Preámbulo.

2.1. *Breve historia*

Después de catorce años de trabajo, Unidroit publicó por primera vez los principios en 1994.¹⁴ Para desarrollarlos, en 1980 se constituye un grupo de trabajo especial con la finalidad de redactar los diferentes proyectos de capítulos. El grupo, que comprendía a los representantes de todos los principales sistemas jurídicos del mundo, fue compuesto por expertos de primer orden en el dominio del derecho de los contratos y del derecho de comercio internacional.¹⁵ En consecuencia, los Principios representan el resultado de décadas de investigación en derecho comparado en el ámbito del derecho mercantil general.¹⁶ El texto oficial

¹³ *Idem*, p. 25, Rn. 52.

¹⁴ La primera edición contiene 120 artículos.

¹⁵ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma, 2016, Introducción a la edición 1994, p. xxx.

¹⁶ BURKART, Fabian. *Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles*. Baden-Baden: Nomos, 2000, Kapitel 2, S. 49.

contiene el llamado *black letter text*,¹⁷ y también numerosos comentarios y ejemplos ilustrativos que forman parte integrante de estos principios; éstas, junto con otras explicaciones, deberían ayudar a comprender el contenido preciso de los artículos.¹⁸ En los años siguientes se crearon la segunda edición (en 2004), con 185 artículos, y la tercera (en 2010) con 211 artículos. La actual cuarta edición se publicó en 2016. El objetivo principal de la edición de 2016 es tomar más en cuenta las necesidades específicas de los contratos de larga duración.¹⁹

Los Principios fueron originalmente concebidos para contratos de intercambio tradicionales como los de compraventa, que son de ejecución instantánea y, por lo tanto, deben cumplirse en un solo momento. En la vista de la creciente importancia de contratos más complejos —en particular, los de larga duración—²⁰ los Principios han sido posteriormente adaptados para tomar también en consideración las características y necesidades de estos contratos.²¹

¹⁷ Principios en forma de artículo.

¹⁸ BURKART, Fabian. *Op. cit.*, Kapitel 2, S. 50. Los autores de los Principios consideraron que: «[...] an agreement that the qualification would be better placed in the comment. This was in a desire to preserve the clarity of the black letter text. It is important to emphasise, however, that in order to get the true meaning of the Principles one needs to read the black letter text, the comment and the illustrations together».

¹⁹ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Introducción a la edición 2016, S. VII. El Consejo de Dirección destacó la necesidad de que el Secretariado hiciera el seguimiento del uso de los Principios en la práctica, consultando con la comunidad internacional de empresarios y juristas si existían nuevos temas que debían ser tomados en consideración para ser incorporados en futuras ediciones. El Secretariado señaló al Consejo de Dirección el tema de los contratos de larga duración y la posibilidad de trabajar en el futuro en esta materia dentro de los Principios.

²⁰ El «contrato de larga duración» es un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes, véase: artículo 1.11 de los Principios.

²¹ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, «Preámbulo», pp. 2-3.

2.2. Características especiales

2.2.1. Soft law (*derecho blando*)

Los Principios se clasifican en la categoría de derecho blando (*soft law*),²² o más exactamente, en el ámbito del derecho sustantivo o material,²³ ya que buscan el derecho sustantivo (derecho material), es decir, la referencia es al contrato y no se refieren al procedimiento.

2.2.2. Un medio no legislativo

Los Principios no tienen un efecto formalmente vinculante; no están concebidos como una convención a la que los Estados puedan adherirse, sino que pretenden ser aplicados mediante su poder de persuasión como un conjunto de normas²⁴ específicamente adaptadas a las necesidades del comercio internacional. En este sentido, los Principios no se aplican como derecho estatal vinculante (los Principios no necesitan la

²² «The Principles, similar to Codes of Conduct or optional instruments provided by trade organizations, are often characterized as soft law, meaning they are applicable legal rules but lack legislative authority», véase: MEYER, Lars. «Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of Europeans Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization». En *Denver Journal of International Law & Policy*, 2006, n.º 1, vol. 34, p. 133. «Soft law is understood as referring in general to instruments of normative nature with no legally binding force and which are applied only through voluntary acceptance», véase: GABRIEL, Henry Deeb. «The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference». En *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, vol. 34, artículo 3, p. 658. By contrast, hard law generally refers to legal obligations that are binding on the parties involved and which can be legally enforced before a court.

²³ Otros instrumentos del área *soft law* sustantivo o material son también los Principios del Derecho Contractual Europeo, los Principios Latinoamericanos del Derecho de contratos, los Incoterms. Del ámbito del *soft law* sustantivo o material hay que distinguir el ámbito del *soft law* arbitral o procesal, que se refiere al procedimiento y no al derecho material.

²⁴ «The PICC are aptly characterized as a private codification, a non-legislative codification, or a collective legislative doctrine» (Ralf Michaels, VOGENAUER, Stefan. «Commentary». En *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Segunda edición. Oxford: Oxford University, 2015, Preamble 1, Rn 5).

aprobación de los Gobiernos); deben asignarse al ámbito de la unificación privada del derecho (un conjunto privado de normas).²⁵

2.2.3. Restatement²⁶

En el proceso de redacción de los Principios se realizaron amplios y exhaustivos estudios de derecho comparado en el ámbito del derecho mercantil internacional. La versión de los resultados de los estudios de derecho comparado se recopiló en forma de código dividido en artículos individuales. Los *restatements*²⁷ estadounidenses sirvieron de modelo para dicha presentación.²⁸ Si no se encuentra una solución común a todos los sistemas jurídicos,²⁹ el grupo de trabajo elige la que le parece mejor entre las distintas soluciones posibles (*best solution*).³⁰

²⁵ Las tentativas de unificación internacional del derecho han asumido hasta ahora la forma de instrumentos vinculantes, tales como convenciones internacionales, actos legislativos supranacionales o leyes modelos. Dado que estos instrumentos corren a menudo el riesgo de quedar sin aplicación y tienden a ser fragmentados, se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de unificación o armonización del derecho (UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Introducción a la edición 1994, p. xxx).

²⁶ El American Law Institute publica los *Restatements of the Law*. Se trata de reformulaciones del derecho común (*common law*) vigente en los distintos estados americanos, publicadas en forma de codificación de un área particular del derecho, sin pretender que sean válidas. Unidroit trasladó esta idea al ámbito transnacional, véase: VOGENAUER, Stefan. «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010». En *Zeitschrift für europäisches Privatrecht - ZEuP*, 2013, n.º 1, p. 7.

²⁷ Los *Restatements* codifican la jurisprudencia estadounidense en determinadas áreas del derecho y son recopilados por profesionales, jueces y académicos bajo la dirección del American Law Institute; no se limitan a codificar la jurisprudencia existente, sino que, al mismo tiempo, tratan de desarrollar las normas jurídicas haciendo gran hincapié en las nuevas tendencias de la jurisprudencia, véase: BURKART, Fabian. *Op. cit.*, capítulo 2, p. 52. Por cierto, a diferencia de los *Restatements*, Unidroit prescindió de notas de derecho comparado que hubieran explicado el origen de las normas y las similitudes y diferencias con importantes leyes contractuales existentes. El «lenguaje jurídico» de los Principios era abstracto, fácil de leer y pegadizo. La renuncia a la casuística se pagó, sin embargo, con el uso frecuente de términos jurídicos indeterminados que requieren un relleno de valor, como «adecuado» y «razonable», y con la pérdida de seguridad jurídica que ello conlleva inevitablemente, véase: VOGENAUER, Stefan. «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010», p. 7.

²⁸ BURKART, Fabian. *Op. cit.*, capítulo 2, p. 51.

²⁹ No se puede encontrar un núcleo común (*common core*) a nivel mundial, a diferencia de lo que quizás ocurre en Estados Unidos en muchos temas.

³⁰ VOGENAUER, Stefan. «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010», p. 7.

2.2.4. Representación «mixta»

Los Principios reflejan los sistemas de tradición jurídico romanística, de *common law* y de los países socialistas.³¹ En este sentido, los Principios constituyen un conjunto de principios y normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional.³²

3. EL ÁMBITO DE LA APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS

Los Principios son especialmente relevantes en el contexto del arbitraje internacional. Los tribunales arbitrales se benefician de libertades desconocidas para los tribunales estatales cuando se trata de determinar las normas aplicables al fondo de la controversia. A diferencia de los tribunales estatales, los tribunales arbitrales no tienen una *lex fori*³³ en el sentido de leyes sustantivas automáticamente aplicables en virtud del lugar en donde el tribunal se estableció. La elección del lugar del arbitraje (la «sede» del arbitraje) no conlleva la aplicación del derecho sustantivo del país de la sede; sin embargo, determinará la *lex arbitri*.³⁴ La *lex arbitri*

³¹ Véase UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Introducción a la edición 1994, p. xxx.

³² *Idem*, «Preámbulo», sobre «Consideración de los Principios como conjunto de las reglas aplicables al contrato», p. 3. Los juristas de diferentes sistemas jurídicos pueden descubrir familiaridades en las principales características de los Principios, pero las disposiciones detalladas a menudo difieren de su propio derecho: para los ingleses, por ejemplo, el amplio principio general de buena fe (artículo 1.7) es al menos tan desconocido como la responsabilidad por retirarse de las negociaciones de mala fe (artículo 2.1.15), etcétera. Del mismo modo, los abogados franceses deben acostumbrarse a la ausencia de *cause* como condición de un contrato válido (artículo 3.1.2 - validez del mero acuerdo), a la posibilidad de ejercer el derecho de anulación y el derecho a resolver el contrato por simple notificación (artículo 3.2.11 y artículo 7.3.2), véase: VOGENAUER, Stefan. «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010», p. 7.

³³ En derecho internacional privado es la expresión con la que se designa la ley del tribunal que entiende de la causa, tanto con referencia a las normas de derecho interno como a las de derecho internacional.

³⁴ La *lex arbitri* es la ley del lugar del arbitraje que rige los aspectos procesales del arbitraje internacional.

comprende también las normas relativas a la determinación de la ley aplicable al fondo de un litigio.³⁵

La mayoría de las leyes de arbitraje modernas³⁶ regulan que los árbitros pueden determinar directamente el derecho aplicable (*voie directe*).³⁷ Por lo tanto, no están obligados a aplicar las normas de conflicto de leyes de un sistema jurídico nacional.

El Preámbulo regula varias áreas de la aplicación de los Principios:³⁸

- Párrafo 1: El ámbito de la aplicación general (3.1.).
- Párrafo 2: Los Principios como *lex contractus* (3.2.).
- Párrafo 3: La referencia a principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes (3.3.).
- Párrafo 4: La ausencia de selección del derecho aplicable al contrato (3.4.).
- Párrafo 5: Los Principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme (3.5.).

³⁵ Véase Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 1.

³⁶ Antes los árbitros estaban obligados a aplicar las normas nacionales de conflicto de leyes para seleccionar la ley aplicable al fondo del asunto.

³⁷ Se puede distinguir entre *voie directe limitada* y *voie directe ilimitada*. *Voie directe limitada*: artículo 33(1) Reglamento Suizo (2004 y 2012) «con arreglo a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha con el litigio». *Voie directe ilimitada*: artículo 34(2) LA (España): «Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas». Artículo 57(2) LA Perú: «En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia». Reglamento CCI (2012/2017/2021): «A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas».

³⁸ La lista que figura en el «Preámbulo» acerca de los diversos usos que se puede dar a los Principios no es exhaustiva, véase comentario 8 del «Preámbulo».

- Párrafo 6: Los Principios como medio para interpretar o complementar el derecho nacional (3.6.).
- Párrafo 7: Los Principios como modelo para los legisladores nacionales e internacionales (3.7.).

3.1. El ámbito de la aplicación general

El párrafo 1 del Preámbulo señala que los Principios establecen reglas generales³⁹ que han sido fundamentalmente concebidas para «los contratos mercantiles internacionales». La aplicabilidad de los Principios presupone así la «internacionalidad» (3.1.1.) y la «mercantilidad» (3.1.2.) del contrato.

3.1.1. «Internacionalidad» del contrato

El carácter «internacional» de un contrato puede definirse de varias formas. Existe la presunción de que el concepto de «internacionalidad» de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible⁴⁰ para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales

³⁹ «The rules of the Principles of International Commercial Contracts (PICC) are general in several ways. First, the PICC contain, at least at their core, rules that are not specific to individual countries but rather reflect concepts to be found in many, if not all, legal systems, a global common core. A second meaning of *general* concerns the fact that the PICC treat the general law of obligations and the general law of contract in the style of the German Cc. They can, in principle, be used for any type of contract, but rules for specific contracts must be drawn from elsewhere: either specific uniform law (eg the CISG) or domestic laws. A third meaning of *general* concerns the open-ended style of many articles. While some provisions contain definite bright-line rules, others, even if they are detailed, refrain from exact regulation and leave discretion to the judge or arbitrator, in accordance with other modern codifications» (Ralf Michaels, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble I, Rn. 14-19).

⁴⁰ Véase: Supreme Court of Venezuela, 09/10/1997, Unilex: «[...] the Court referred, among others, to the Preamble, Comment 1 of the UNIDROIT Principles, which states that [...] the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as to ultimately exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only»; Kyiv Commercial Court of Appeal, 16.06.2011, Case n.º 57/166-57/165: «[...] The Court of Appeal rejected the appeal and reiterated the preceding Court’s arguments regarding the inapplicability of the UNIDROIT Principles in the case at hand as the Agreements were concluded between two Ukrainian nationals», ICC Arbitral Award n.º 12174, Unilex.

que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación).⁴¹

La ausencia de una definición⁴² de «internacionalidad» del contrato da a los Principios una flexibilidad particular, porque no adoptan expresamente ninguno de los criterios que podemos encontrar en las legislaciones tanto nacionales como internacionales.⁴³

3.1.2. «Mercantilidad» del contrato

Los principios no se aplican en el sentido de la distinción tradicional entre el carácter «civil» y «mercantil» de las partes y/o de los negocios jurídicos que existen en algunos sistemas jurídicos. Más bien se requiere una interpretación amplia del carácter de «mercantilidad» del contrato. El objetivo es que el ámbito de aplicación no se restrinja innecesariamente. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes (*commerçants*, *Kaufleute*) que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas «operaciones de consumo». En algunos ordenamientos jurídicos estas operaciones de consumo son reguladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo

⁴¹ Véase UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, p. 2.

⁴² A diferencia de la CISG (artículos 1-6), los Principios no tienen un catálogo positivo. No regulan sólo un ámbito parcial de las transacciones comerciales, sino que pretenden representar una regulación general y completa del derecho contractual comercial. Esto también significa: a pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato, UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 3.

⁴³ Las soluciones adoptadas oscilan entre aquéllas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca «vínculos estrechos con más de un Estado», «implique una elección entre leyes de diversos Estados» o «afecte los intereses del comercio internacional» (UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 2).

destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión.⁴⁴

3.2. *Los Principios como lex contractus*

El párrafo 2 del Preámbulo refiere: «Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos».

Así pues, el párrafo 2 dispone que las partes han convenido expresamente en aplicar los Principios del contrato. Unidroit aconseja combinar la cláusula de derecho aplicable con un acuerdo de arbitraje. Esto se debe a que los Principios pueden elegirse como regulación contractual en la medida en que el derecho internacional privado aplicable del tribunal estatal (3.2.1.) o del tribunal arbitral (3.2.2.) permita la elección de normas o «reglas de derecho» para regular un contrato.

3.2.1. *Sistemas jurídicos nacionales*

La mayoría de los sistemas jurídicos nacionales establecen que las partes sólo pueden elegir el derecho aplicable al contrato, pero no las normas o «reglas de derecho» (*rules of law*), por lo que existe una opinión generalizada de que las partes no pueden elegir los Principios en el sentido de conflicto de leyes. Por ejemplo, en el Reglamento Roma I, el artículo 3 (1) sobre la libre elección de la ley establece explícitamente que el contrato se rige por la «ley»⁴⁵ elegida por las partes. El Reglamento Roma I no habla de normas o «reglas de derecho» que puedan englobar los Principios. En cambio, no se pudo aceptar la propuesta de la

⁴⁴ Véase UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 2.

⁴⁵ Artículo 3(1) Roma I: «El contrato se regirá por la ley elegida por las partes».

Comisión Europea sobre el Reglamento Roma I de que también fuera posible la elección de una ley no estatal.⁴⁶

En este contexto, también se debatió la cuestión de si los Principios pueden equipararse a una elección de un sistema jurídico estatal. Esta cuestión depende de si se concede a estos principios una calidad de norma jurídica (*Rechtsnormqualität*) y de si se permite a las partes acordar también un sistema jurídico no estatal. La opinión predominante en Europa no concede a los Principios el estatus de norma jurídica, ya que no son más que un conjunto de normas privadas. La mayoría de las jurisdicciones suelen interpretar que una cláusula de elección de ley relativa a los Principios utilizada en combinación con la jurisdicción de un tribunal estatal se limitan a incorporar los Principios en el esquema contractual que, de otro modo, se regirá por la ley estatal.⁴⁷ En este caso, los Principios no sustituyen a la ley aplicable, sino que son aplicables dentro del marco y los límites establecidos por dicha ley.⁴⁸ Las disposiciones obligatorias de esa ley siguen siendo aplicables aunque no sean internacionalmente obligatorias.⁴⁹

⁴⁶ Hay una referencia en el Reglamento Roma I, considerando 13: «El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un derecho no estatal o un convenio internacional». La doctrina dominante considera que se trata de un silencio elocuente del legislador y que, por tanto, es inadmisibles la elección de una ley no estatal en virtud de un conflicto de leyes. La referencia a la normativa no gubernamental mencionada en el considerando 13 se refiere únicamente a la incorporación al derecho sustantivo (véase: MCGUIRE, Mary-Rose. «Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? - Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO». En *Zeitschrift für Schiedsverfahren in Zusammenarbeit mit der DIS, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit - SchiedsVZ*, 2011, n.º 5, vol. 9, p. 257).

⁴⁷ Véase: BRÖDERMANN, Eckart J. *UNIDROIT Principles of International Commercial Principles. An Article-by-Article Commentary*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 14, Chapter 1 - General Provisions, «Such freedom is mentioned in some conflict of laws codifications (See Rome I Regulation, Recital 13); but it exists independently from private international law within the freedom of contract that the applicable contract law grants».

⁴⁸ Véase Ralf Michaels, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble I, Rn. 34. «This means that default rules of the applicable law are replaced by the PICC, including non-mandatory rules on contract interpretation of the forum (eg. the parol evidence rule)».

⁴⁹ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, Comentario 4 lit. a, pp. 3-4: «Los Principios serían obligatorios entonces para las partes sólo en la medida en que no afectarían las disposiciones del derecho aplicable que las partes no pueden derogar».

En los últimos años, la tendencia hacia un enfoque más flexible y liberal de los conflictos de leyes ha recibido un nuevo e importante impulso. Esto se aplica, sobre todo, a los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales (principios de La Haya), que fueron adoptados en 2015 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y a la ley paraguaya «Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales» (ley paraguaya), que entró en vigor ese mismo año. Ambos instrumentos rigen su contrato no sólo con una ley nacional determinada sino también, citando el artículo 3 de los principios de La Haya que «las partes pueden elegir, como derecho aplicable al contrato, normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro». El Comentario Oficial menciona expresamente los Principios como un ejemplo de tales normas de derecho que pueden ser elegidas como derecho aplicable al contrato.⁵⁰

3.2.2. Arbitraje

Una de las principales ventajas del arbitraje en comparación con la jurisdicción estatal es, en particular, además de la mayor flexibilidad, la libertad de elección de la ley.⁵¹ Así, según las normas generales, las partes en el arbitraje pueden elegir no sólo la ley estatal, sino también la ley transnacional. Para ello, la *lex arbitri* debe permitir a las partes aplicar los Principios, es decir, recurrir a las normas o «reglas de derecho» (*rules of law*). En este caso, el litigio puede resolverse únicamente sobre la base

⁵⁰ BONELL, Michael Joachim. «The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles». En *Uniform Law Review*, 2018, vol. 23, 15ff (27).

⁵¹ Especialmente, en situaciones transfronterizas, la libertad de elección de la ley es de suma importancia porque permite a las partes complementar la ley de arbitraje con una ley neutral. En este contexto, el principio de libertad de elección de la ley se basa en el concepto de que todos los sistemas jurídicos son equivalentes, de modo que la elección entre varios sistemas jurídicos considerados no puede hacerse en función de la calidad del sistema jurídico, véase: MCGUIRE, Mary-Rose. *Op. cit.*, 257 ff.

de los Principios, ya que éstos suelen considerarse «normas de derecho» en el sentido de estas disposiciones.⁵²

La mayoría de las leyes nacionales de arbitraje han aplicado el artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según el cual: *el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio*. Así, las partes pueden elegir tanto un sistema jurídico estatal concreto, así como el derecho no estatal, como los Principios.

Esto también está previsto en la mayoría de los reglamentos de arbitraje, así como en el caso del arbitraje *ad hoc*, en el que se aplica el artículo 35(1)⁵³ del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Las partes pueden así vincular el tribunal arbitral a un derecho sustantivo específico y así, hasta cierto punto, asumir la función del conflicto de leyes estatal.⁵⁴ También pueden liberar al tribunal arbitral de todas las obligaciones y autorizarlo a decidir según la equidad (amigable

⁵² Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 9: «Even countries such as Brazil, where the choice of law in favour of non-state law «is still taboo» before national courts, authorize the designation of the PICC in the context of international arbitration».

⁵³ Artículo 35(1) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: «El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio».

⁵⁴ «An arbitral tribunal is bound by any choice of law made by the parties. Where the parties have specifically selected a domestic law or any other set of rules, the arbitral tribunal should normally not apply the PICC as the *lex contractus*. The tribunal may, however, decide to rely on the PICC as a means to interpret or supplement the applicable law», véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 39. «Where parties have made an explicit choice of law, arbitral tribunals should avoid indulging in improper shortcuts and the PICC should only be used as a complementary set of rules, not as the *lex contractus*. A party should not be too easily allowed to rely on the PICC, since the duty of the parties to argue their case in fact and in law implies instructing a counsel familiar with the applicable law or capable of procuring advice through other advisors. In that sense, in a dispute where the parties agreed to the application of Romanian law, the claimant referred to the PICC in its post-hearing brief to support its assertion. The arbitral tribunal invited the parties to take a position on some articles of the PICC which could be relevant for the dispute. Since the respondent «did not oppose the application of UNIDROIT Principles referred to by [the claimant], the Arbitral Tribunal note[d] that both parties consent[ed] to their application», ICC Case n.º 11174. Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 42.

componedor).⁵⁵ En medio está el caso en el que las partes desean que el tribunal arbitral decida según los «principios generales del derecho» o la *lex mercatoria*.^{56 57} En otras palabras, si es posible que las partes eximan al tribunal arbitral de todas sus obligaciones y/o lo autoricen a tomar una decisión equitativa (*Billigkeitsentscheidung*),⁵⁸ entonces se les debe permitir imponerle normas en forma de criterios decisorios no gubernamentales (*nichtstaatlicher Entscheidungskriterien*).⁵⁹

Las limitaciones de la *lex arbitri* siempre tienen prioridad sobre el alcance autodeclarado de los principios como *lex contractus*.⁶⁰ Incluso cuando la *lex arbitri* deja a las partes la libertad de elegir los principios como normas o «reglas de derecho» (*rules of law*) aplicables al contrato, esto no permite derogar las normas imperativas pertinentes (artículo 1.4).⁶¹ Los Principios no restringen la aplicación de normas de carácter

⁵⁵ Artículo 28(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional regla: «El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así».

⁵⁶ Véase: Ralf Michaels, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble I, Rn. 7; *lex mercatoria* es un conjunto de principios, costumbres y práctica del comercio, así como los modelos de los contratos propuestos por las organizaciones o asociaciones que sirven como la base para los derechos y obligaciones contractuales entre las partes. *Lex mercatoria* no es un fenómeno de la época moderna, sino que desde finales del siglo XIII se utilizaba para designar el derecho, en gran parte no escrito, que se había desarrollado en los puntos de transbordo del comercio internacional. Se circunscribió como: «as a number of usages, each of which exist among merchants and persons engaged in mercantile transactions, not only in one particular country, but throughout the civilised world, and each which has acquired such notoriety, not only amongst those persons, but also in the mercantile world at large, that courts of this country will take notice of it» (BURKART, Fabian. *Op. cit.*, capítulo 1, p. 38).

⁵⁷ WICHARD, Johannes Christian. «Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte». En *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, abril 1996, n.º 2, vol. 60, S. 270.

⁵⁸ Las decisiones en equidad requieren —desde la mayoría de las jurisdicciones— una clara autorización de las partes.

⁵⁹ WICHARD, Johannes Christian. *Op. cit.*, S. 270.

⁶⁰ «Even where the *lex arbitri* does not allow the arbitral tribunal to apply the Principios as the *lex contractus*, the Principios can still be used as a means to interpret or supplement the applicable law», véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 5.

⁶¹ «An arbitral award may be annulled, and its enforcement precluded, if the arbitral tribunal fails to apply these mandatory rules», véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 5.

imperativo, sean de origen nacional,⁶² internacional o supranacional,⁶³ que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado. Muchas normas imperativas (*mandatory rules*) se consideran parte de las leyes de policía (*ordre public*) en el país de la sede del arbitraje o en las jurisdicciones en las que una parte pretende ejecutar el laudo. Si una de las partes plantea la cuestión, el tribunal arbitral debe determinar si existen normas imperativas de este tipo aplicables a la controversia.⁶⁴

En el caso de que la controversia se someta a la decisión de un tribunal arbitral y los Principios constituyan el derecho aplicable al contrato, éstos ya no estarán limitados por las normas imperativas ordinarias de ningún derecho nacional. En lo que concierne a las leyes de policía del Estado de foro o de otros países, su aplicación dependerá básicamente de las circunstancias del caso. Dado que en el arbitraje internacional el tribunal arbitral carece en principio de una *lex fori* predeterminada, el tribunal arbitral puede aplicar las leyes de policía del país en cuyo territorio se ha de dictar el laudo, aunque no está obligado a hacerlo. Con el fin de determinar si ha de tomar en consideración las leyes de policía del Estado del foro o las de cualquier otro país con el que el caso en cuestión tenga un vínculo significativo, cabe esperar que el tribunal arbitral preste particular atención a las leyes de policía de aquellos Estados donde probablemente ha de ejecutarse el laudo, teniendo en cuenta que su deber es el de esforzarse siempre para que «el laudo sea susceptible de ejecución legal» (como lo prevé expresamente, por ejemplo, el artículo 41 del Reglamento de Arbitraje del ICC 2011). Además, el tribunal arbitral podrá considerarse obligado a aplicar en

⁶² Las normas de carácter imperativo de origen nacional son aquéllas que adoptan los Estados de manera autónoma (tales como determinados requisitos de forma para ciertos tipos de contratos, la invalidez de cláusulas penales, los requisitos para la obtención de permisos, las regulaciones en materia ambiental, etcétera).

⁶³ Las normas de carácter imperativo de origen internacional o supranacional son, en cambio, aquéllas derivadas de convenciones internacionales o del derecho público internacional en general (por ejemplo, el Convenio de Bruselas, etcétera) o aquéllas aprobadas por organismos supranacionales (por ejemplo, el derecho de la competencia de la Unión Europea, etcétera).

⁶⁴ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 5.

todos los casos las leyes de policía que reflejan principios ampliamente aceptados como fundamentales en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo (*ordre public transnational*).⁶⁵

3.2.3. Cláusulas modelo

A reserva de las normas imperativas aplicables del derecho nacional, toda elección por las partes de la ley o de las normas jurídicas aplicables a su contrato es obligatoria para el tribunal arbitral. El acuerdo entre las partes puede expresarse mediante una cláusula de elección de ley en el contrato, mediante un acuerdo al inicio del procedimiento o incluso durante el transcurso del mismo. Una cláusula de elección de ley puede referirse exclusivamente a los Principios como el único derecho aplicable (1.), o bien junto con un derecho nacional en particular para que rijan aquellos aspectos que no están cubiertos por los Principios (2); o consulte las condiciones de los contratos y los Principios (3). En este sentido, el Unidroit prevé las siguientes cláusulas modelo:

(1.) Model clauses choosing only the Unidroit principles⁶⁶

«This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)».⁶⁷

(2.) Model clauses choosing the Unidroit principles supplemented by a particular domestic law⁶⁸

⁶⁵ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, Comentario 4 del artículo 1.4., pp. 13/14.

⁶⁶ Ver <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

⁶⁷ Unidroit también prevé la siguiente cláusula modelo para su utilización después de que haya surgido una controversia: «This dispute shall be decided in accordance with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)». Véase <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

⁶⁸ Ver <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

«This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016) and, with respect to issues not covered by such Principles, by the law of [State X]». ⁶⁹

(3.) Model clause incorporating the Unidroit principles as terms of the contract⁷⁰

«The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016) are incorporated in this contract to the extent that they are not inconsistent with the other terms of the contract». ⁷¹

3.3. Referencia a principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes

Algunas veces, las partes que negocian un contrato mercantil internacional no logran ponerse de acuerdo respecto del derecho aplicable a su contrato⁷² y se limitan a estipular que el contrato quedará sujeto a los «principios generales del derecho», los «usos y costumbres del comercio internacional», o la «*lex mercatoria*»,⁷³ etcétera.⁷⁴

⁶⁹ La referencia a los Principios en conjunción con el derecho nacional puede crear problemas si los dos cuerpos legales no armonizan, no son congruentes o, incluso, se contradicen. La referencia al derecho nacional puede significar que las normas imperativas del derecho nacional deben prevalecer. Esto es especialmente cierto si no hay un acuerdo contractual claro sobre qué cuerpo legal debe tener prioridad. Por ello, al redactar los contratos deben evitarse siempre las dificultades de interpretación (véase: TERCIER, Pierre. «Schiedsgerichtsbarkeit und “Principles”». En: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht - ZeuP*, 2010, n.º 2, 229 ff.). Unidroit también prevé el siguiente modelo de cláusula para su utilización después de que haya surgido una controversia: «This dispute shall be decided in accordance with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016) and, with respect to issues not covered by the Principles, by the law of [State X]». Véase

<<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

⁷⁰ Ver <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² «This is an issue not only for party choice; the same issue arises when a conflicts rule designates general principles of law as applicable irrespective of parties' choice» (véase: Ralf Michaels, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble I, Rn. 78).

⁷³ El concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman, véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 4, lit. a, p. 4.

⁷⁴ *Ibidem*.

3.3.1. *Cláusulas a favor de «los principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes»*

El párrafo 3 del preámbulo regla los Principios aplicados como una manifestación de los «principios generales del derecho», la «lex mercatoria» o expresiones semejantes en el contrato.

Dado que la definición de estas nociones dista mucho de estar establecida en la ley o en la práctica, no es de extrañar que los Principios haya optado por un término abierto notablemente amplio e impreciso («o expresiones similares») en un intento de abarcar todas las cláusulas contenidas en los contratos comerciales internacionales que puedan referirse a fuentes no nacionales. En vista de esta vaguedad, el Comentario Oficial sugiere que:

Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable para precisar su contenido recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios.⁷⁵

Si las partes no hacen caso de este consejo, sino que se remiten a «la *lex mercatoria* o similar» sin hacer referencia a los Principios, la situación es menos clara. Aunque los Principios constituyen sin duda «un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas», no reflejan necesariamente los principios generales del derecho. De hecho, el objetivo de los redactores no era elegir las soluciones que prevalecen en la mayoría de los sistemas jurídicos, sino seleccionar las que tenían un valor más persuasivo y/o parecían especialmente adecuadas para las transacciones transfronterizas. Los tribunales de arbitraje deben evaluar caso por caso

⁷⁵ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 4, lit. a, p. 4. Model clauses choosing the UNIDROIT Principles supplemented by generally accepted principles of international commercial law: «This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts (2016) and, with respect to issues not covered by such Principles, by generally accepted principles of international commercial law», <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>.

si una disposición específica de los Principios refleja el núcleo común del derecho contractual global actual. En la práctica, lo que las partes quisieron decir al referirse a conceptos abstractos rara vez es obvio, es justo suponer que muchos de los redactores de este tipo de cláusulas no sabrían explicar lo que entendieron precisamente por estas nociones. Por otro lado, lo que las partes pretendían excluir suele estar más claro. Por lo general, una o varias de las siguientes preocupaciones son decisivas para la inserción de este lenguaje. En primer lugar, las partes desean escapar de los caprichos del derecho local, ya sean reales o imaginarios, y aumentar la previsibilidad de los procedimientos y el resultado de cualquier litigio. En segundo lugar, desean elevar el contrato de un nivel doméstico a uno internacional, y asegurarse de que se rige por normas que reflejan un enfoque internacional y no uno local. En tercer lugar, no pueden ponerse de acuerdo, por la razón que sea, sobre la aplicación de una determinada ley nacional.

Dado que la elección de la «*lex mercatoria*» o de los «principios generales» por las partes no equivale a una elección de normas particulares, la aplicación de los Principios a la relación de las partes puede justificarse como expresión o prueba del derecho transnacional.⁷⁶

La misma solución se aplica cuando se combina una referencia a los principios generales, la *lex mercatoria* o similares con la elección de un derecho nacional. Un tribunal arbitral puede considerar que los Principios deben ser aplicables como parte de los principios generales mencionados en la cláusula. Las partes pueden incluso optar específicamente por combinar los Principios y un derecho nacional, ya sea en una cláu-

⁷⁶ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 17 and 18: a los árbitros no les gusta trabajar en el vacío y, cuando se enfrentan a cláusulas de elección de ley que remiten el litigio a los principios generales (o similares), aprecian poder decidir sobre la base de un conjunto tangible de normas como el PICC, mientras que se ciñen a los principios generales o a la *lex mercatoria* para las cuestiones no cubiertas por el PICC. Para algunos, incluso una vaga referencia a los principios generales justifica la aplicación del PICC si las partes no hicieron ninguna otra elección de ley.

sula de elección de ley en su contrato o durante el curso del procedimiento. Sin embargo, un contrato que se refiera a «principios generales» sin mencionar los Principios también debe ser analizado como posible evidencia de una elección negativa que excluye los Principios. Asimismo, las partes pueden haber descartado los Principios como una manifestación de los principios generales del derecho internacional o transnacional. En tales casos, un tribunal arbitral debería determinar los principios generales relevantes sin recurrir a los Principios, aunque eventualmente pueda concluir que estos principios generales también se reflejan en los Principios. Sin embargo, una elección negativa no debe asumirse a la ligera.⁷⁷

3.3.2. Cláusulas a favor de los «usos» o «usos comerciales internacionales»

Los usos no se mencionan en el Preámbulo. De hecho, deben distinguirse de los principios generales del derecho, como demuestra su tratamiento separado en el artículo 1.9.⁷⁸ Un uso no es más que una práctica predominante establecida entre las partes de un contrato o actores del mismo sector. Los usos forman parte del contrato en la medida en que debe suponerse que las partes acordaron cumplir con los usos en su propio comercio; como tales, los usos normalmente prevalecen sobre los Principios.⁷⁹

Es posible que algunos usos tengan el mismo contenido que un principio general. No obstante, sólo se aplicarán como términos del contrato, no como reglas de derecho. Las referencias a los «usos» en los

⁷⁷ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 19, 20.

⁷⁸ Artículo 1.9 de los Principios (Usos y prácticas): «Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (1). Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable (2)».

⁷⁹ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 21.

acuerdos de arbitraje o en las reglas de arbitraje (como el artículo 33[3]⁸⁰ del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional y el artículo 21[2]⁸¹ del Reglamento de Arbitraje de la CCI) no deben interpretarse, por lo tanto, como indicaciones para aplicar los Principios. El mejor enfoque, aunque no se haya adoptado sistemáticamente en la jurisprudencia, es examinar si las partes pretendían de hecho referirse a los principios generales o a los Principios al utilizar el término «uso».⁸²

3.4. *Párrafo 4 del Preámbulo: la ausencia de selección del derecho aplicable al contrato*

El párrafo 4 del Preámbulo regula que los Principios pueden aplicarse en caso de que las partes guarden silencio respecto del derecho aplicable: «Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato».

3.4.1. *Los Principios como lex contractus cuando no hay una elección de ley*

Si las partes no han seleccionado el derecho aplicable al contrato, éste debe ser determinado con base en las reglas pertinentes del derecho internacional privado.⁸³ Muchas reglas son flexibles en el caso del arbitraje comercial internacional y permiten al tribunal arbitral aplicar «las reglas de derecho que estime apropiadas».⁸⁴ Otras reglas limitan la

⁸⁰ Artículo 33(3) del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional: «En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

⁸¹ Artículo 21(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI: «El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes».

⁸² Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 23.

⁸³ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 4 lit.c, p. 5.

⁸⁴ Artículo 35(1) Uncitral Arbitration Rules: «[...] Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate». Artículo 21(1) ICC Rules: «In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law

discreción del tribunal arbitral: por ejemplo, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional restringe la discrecionalidad del tribunal arbitral al exigirle que aplique «las normas jurídicas que presenten *la conexión más estrecha* con el litigio» (en inglés: *the closest connection*).⁸⁵

Cuando tanto la *lex arbitri* como las reglas de arbitraje aplicables conceden a un tribunal arbitral la facultad de aplicar las normas o «reglas de derecho» de su elección, los árbitros son libres de aplicar los Principios. Para algunos autores, los árbitros sólo deben aplicar las normas transnacionales si las partes lo acuerdan explícitamente. Otros abogan porque los tribunales arbitrales consideren que las leyes nacionales y las normas transnacionales están en un mismo plano a la hora de determinar por defecto la ley aplicable.⁸⁶

El Comentario Oficial de los Principios señala que, por lo general, los tribunales de arbitraje suelen aplicar un derecho nacional determinado como ley aplicable al contrato, pero excepcionalmente pueden recurrir a un derecho anacional o supranacional como los Principios. Esto puede resultar de una inferencia extraída de las circunstancias del caso, que pueden revelar la intención de las partes de no someterse a

which it determines to be appropriate». Artículo 22(3) LCIA Rules: «[...] If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate». Artículo 24(2) DIS rules: «If the parties have not agreed upon the rules of law to be applied to the merits of the dispute, the arbitral tribunal shall apply the rules of law that it deems to be appropriate». Artículo 27(2) VIAC-Rules: «If the parties have not determined the applicable statutory provisions or rules of law, the arbitral tribunal shall apply the applicable statutory provisions or rules of law which it considers appropriate».

⁸⁵ Art. 33(1) of the Swiss Rules of International Arbitration. The closest connection test, which is a technical conception of traditional conflict of laws rules, will almost invariably lead to the application of some national law instead of a non-national rule of law; véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 25. 46(3) English Arbitration Act 1996: If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

⁸⁶ Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, p. 125, Rn. 26. Una postura más radical es que la propia naturaleza del arbitraje internacional exige la aplicación de normas internacionales neutrales como los Principios siempre que las partes se abstengan de hacer una elección expresa de la ley.

ningún derecho nacional (por ejemplo, en el caso de que una de las partes sea un Estado o una agencia del gobierno y ambas partes hayan dejado constancia de su voluntad de no someterse al derecho nacional de la contraparte o de un tercer país), o en el supuesto de un contrato que tiene contacto con varios países, ninguno de los cuales prevalece lo suficiente como para justificar la aplicación del derecho nacional de un país, con exclusión de todos los demás.⁸⁷

En cualquier caso, el tribunal debe oír a las partes sobre la posible aplicación de los Principios y, eventualmente, invitarlas a presentar sus alegaciones sobre esa base para que no sean sorprendidas. De lo contrario, el laudo podría violar el derecho fundamental de las partes a exponer su caso. Del mismo modo, un tribunal arbitral debe respetar cualquier elección posterior de la ley por parte de las partes, como cuando coinciden en basar sus alegaciones jurídicas (sin reservas) en el mismo derecho nacional.⁸⁸

3.4.2. Los Principios como lex contractus cuando hay una elección de ley negativa

Los árbitros pueden enfrentarse a contratos que contengan una opción negativa explícita, en la que las partes excluyan expresamente algunas o todas las leyes nacionales. En tal caso, se puede considerar que las partes han hecho una elección negativa de someter su relación (y sus litigios) a un sistema jurídico transnacional. Los acuerdos que exigen la aplicación de un sistema jurídico «neutral» también pueden justificar la aplicación de un sistema jurídico transnacional. En estas situaciones, los Principios pueden aplicarse como *lex contractus*.⁸⁹ Algunos tribunales arbitrales han

⁸⁷ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 4c, p. 5.

⁸⁸ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 29.

⁸⁹ Véase: ICC Award Case n.º 10422: «The Arbitral Tribunal holds that, in order to determine the most appropriate rules of law, the fact that the parties wanted a neutral solution had to be taken into account. Now, in the absence of an express indication as to the domestic law of a

llegado a considerar que una cláusula de elección de la ley que designa el derecho internacional es una elección de ley negativa y han aplicado los Principios como *lex contractus*.⁹⁰ El Comentario Oficial de los Principios señala que el silencio sobre esta cuestión sólo puede interpretarse como una elección de ley negativa «excepcionalmente».⁹¹

Por otro lado, cuando las partes discutieron efectivamente una serie de derechos aplicados al contrato, pero no pudieron ponerse de acuerdo sobre ninguno de ellos, su desacuerdo bien puede interpretarse como una elección de ley negativa (o de ciertas leyes). Cuando un tribunal arbitral tiene la certeza de que las partes quisieron excluir la aplicación de ciertas leyes nacionales, debe aplicar otro derecho, un derecho

third country, the most appropriate solution in the case in which the parties express their desire for a neutral solution is to apply the general rules and principles of international contracts, the so-called *lex mercatoria*. In this context, for questions concerning general contract law, reference can be made to the “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”».

⁹⁰ Véase: ICC Award Case n.º 1211: «Article 14 of the Contract states: “the present Contract is governed by international law”. The Contract is a sale contract entered into between two entities established in two different countries. Given the fact that they renounced during the negotiations to refer to a national law, the terms “international law” cannot refer to the portion of so-called private international law of a national law. Indeed, “private international law” as applied to international contracts consists of a set of rules of conflict of laws which help the judge or the arbitrator to determine the law applicable to the contract. The Sole Arbitrator is persuaded that the parties wished to depart from a national system. They did not want to apply the private international law of an undetermined national legal system. Accordingly, the Sole Arbitrator considers that the terms “international law” used by the parties refer to *lex mercatoria* and general principles of law applicable to international contractual obligations such as the ones arising out of the Contract. Such general principles are reflected in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts which will be applied for the determination of the parties’ respective claims in this arbitration».

⁹¹ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 4c, p. 5. ICC Award Case n.º 15089: «The tribunal decided to apply the PICC in conformity with Art. 17 (now Art. 21) of the ICC Arbitration Rules. The contract did not contain a choice of law clause. The tribunal considered that there had been a “negative choice” regarding the domestic laws of the parties and that there was no objective connecting factor the tribunal could use to determine the applicable law. ICC Award Case n.º 7375: the majority of the arbitrators said that the absence of a choice of law clause was a result of the parties’ wish for smooth negotiations and should be interpreted as an implicit clause not to submit the contract to any of the national laws of the contracting parties; the majority also said it was more appropriate to apply general principles of law (including the PICC) where a state is a party to the contract, since sovereigns are usually reluctant to submit to the laws of another state and the parties would probably have chosen to submit their contract to these principles if the issue had been addressed during the negotiations».

neutral, e idealmente uno que aún tenga una conexión razonable con el contrato. Si no existen tales derechos, y si la *lex arbitri* permite confiar en las normas o «reglas de derecho», el tribunal puede entonces recurrir a los Principios. Pero cabe destacar que es concebible que las razones de la ausencia de una disposición de elección de ley aplicable puedan revelar una elección de ley negativa que excluya los Principios. En efecto, las partes pueden haber tenido la intención de excluir no sólo ciertos derechos nacionales, sino también ciertas normas transnacionales.⁹²

3.4.3. Los Principios como lex contractus en el caso de designación simultánea de dos o más derechos nacionales

Las partes pueden designar simultáneamente dos o más derechos nacionales que se neutralicen entre sí. Dependiendo de las circunstancias, esto puede interpretarse como una elección negativa del derecho que puede conducir a la aplicación de los Principios.⁹³ La designación simultánea no tiene por qué dar lugar a la inoperancia de la elección, siempre que el ámbito de aplicación de cada derecho nacional sea claramente distinguible. Las partes pueden prever una elección de ley dividida por la que determinadas materias se rigen por un derecho específico, mientras que otros se someten a otro derecho.⁹⁴ Las partes también pueden optar expresamente por la aplicación de sólo algunas de las disposiciones de los Principios a una de las cuestiones planteadas por su litigio.⁹⁵

⁹² Véase: Matthias Scherer, Vogenauer, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 34, 36.

⁹³ Arbitral Award 05.11.2002, ICACRF Case n.º 11/2002: «The relevant contract contained three choice of law clauses - one in favour of Russian law, one in favour of German law, and one in favour of the “general principles of *lex mercatoria*”; the tribunal found that the reference to both German and Russian laws was tantamount to an absence of any choice of domestic law and decided to apply the PICC as an expression of the general principles of *lex mercatoria*».

⁹⁴ Véase: ICC Award Case n.º 9479, «The parties had explicitly selected a domestic law (New York) as applicable only to the issue of the validity of their agreement. The arbitral tribunal found that the parties had not agreed on any domestic law to apply to other issues relating to the substance of their agreement. The tribunal decided to apply the terms of the contract, supplemented by the PICC, an “accurate representation... of [the] usages of international trade” - and it could have also legitimately decided to apply the PICC as the *lex contractus*».

⁹⁵ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 38.

3.5. Los Principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme

Si un tribunal arbitral considera que los Principios no pueden ser invocados como normas o reglas de derechos aplicables, pueden, no obstante, utilizarse para complementar el derecho que se considere aplicable.

El párrafo 5 del Preámbulo establece: «Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme».

Por lo general, el derecho uniforme internacional ha sido interpretado, y complementado, sobre la base de principios y criterios de derecho nacional, ya sea el derecho del foro o aquél que, conforme a las reglas pertinentes de derecho internacional privado, debe ser aplicado en la ausencia de derecho uniforme internacional. En los últimos años tanto los tribunales judiciales como los de arbitraje han dejado paulatinamente de lado esta aproximación «conflictual», tratando de interpretar y complementar el derecho uniforme internacional con base en criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados. Esta aproximación es la que ha sido sancionada de manera expresa, por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), que parte de la base de que el derecho uniforme internacional, aun luego de incorporarse al derecho interno de un país, sólo se integra a éste de manera formal, sin perder, desde un punto de vista sustantivo, su carácter original de un cuerpo jurídico que se ha desarrollado de manera autónoma a nivel internacional, aspirando a ser aplicado de manera uniforme en todo el mundo.⁹⁶ Así lo establece el artículo 7(2) de la CISG:

⁹⁶ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 5, p. 5.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los *principios generales* en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

La referencia a los «principios generales» del CISG fue utilizada por el tribunal arbitral por ejemplo en el caso de la CCI n.º 12460 para aplicar los Principios.⁹⁷ Los Principios pueden utilizarse como complemento de la CISG,⁹⁸ ya que contribuyen a aclarar o apoyar los principios generales ya existentes en los que se basa la CISG. Para ello, como primer paso, los tribunales de arbitraje deben asegurarse de que los hechos en cuestión están cubiertos por la CISG. Utilizar los Principios para resolver cuestiones no cubiertas por la CISG equivaldría a aplicarlos junto con la CISG como una especie de *lex mercatoria* (aunque la CISG no es aplicable). En un segundo paso, el tribunal arbitral debe demostrar que la disposición pertinente de los Principios puede considerarse una expresión de un principio general subyacente a la CISG.⁹⁹

⁹⁷ ICC Case n.º 12460: «The contract was governed by the CISG whose gaps were filled by the general principles underlying the Convention. The tribunal determined that such general principles were contained and developed in the PICC: CISG, as per its article 7, may be supplemented by those general principles which have inspired its provisions and particularly those which have been substantiated and codified in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and actually used in relation with the CISG implementation. This can be observed in arbitral jurisprudence (see ICC Publication n.º 642.2002) and in various ICC precedents. At the hearing, the Tribunal raised the issue with the parties whether they might be relevant. The Tribunal has accordingly concluded that the UNIDROIT Principles should provide guidance». Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 44: «It has been argued that the PICC cannot be used to interpret or supplement the CISG as the latter was adopted first and also because the PICC may be relevant for international commercial contracts but do not contain the general principles mentioned in Art. 7(2) CISG. Other authors consider that the general principles governing the PICC do not necessarily equate to those of CISG, which is crafted for less relational cross-border sales of goods: the provisions of the PICC have a broader scope of application than those contained in the CISG. Others have suggested that the PICC reflect international trade rules that can therefore be applied to interpret or supplement international uniform law such as the CISG».

⁹⁸ Areas in which the PICC may usefully complement the CISG: interest rate (Art. 7.4.9(2) PICC, good faith (Art. 1.7 PICC), a monetary obligation is to be performed at the obligee's place of business (Art. 6.1.6 PICC), the transfer of obligation (Art. 9.2.1 PICC), the calculation of losses (Art. 7.4.2).

⁹⁹ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 44.

El Comentario Oficial dice que los principios y criterios desarrollados de manera autónoma con la finalidad de interpretar y complementar instrumentos de derecho uniforme internacional, deben ser encontrados por jueces y árbitros en cada caso en particular y con base en un estudio comparado de las diversas soluciones aportadas por los diversos ordenamientos jurídicos. En este sentido, los Principios podrían facilitar esta tarea de manera considerable.¹⁰⁰

Los Principios también se han utilizado para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales de derecho uniforme, como:

- La Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods of 01/07/1964 (ULF),
- Los Principles of European Contract Law of 1998 and 2002, o
- El Uncitral Model Law on International Credit Transfer of 1992.¹⁰¹

El número total de decisiones recogidas en Unilex relacionadas con los Principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme y la CISG es de 50.¹⁰² Esto incluye tanto las decisiones judiciales como los laudos arbitrales.¹⁰³

¹⁰⁰ Véase: UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 5, p. 6.

¹⁰¹ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 45.

¹⁰² Ver <http://www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1278#issue_1278>.

¹⁰³ «Significantly enough, despite scholarly doubts and reservations as to the possibility of using the UNIDROIT Principles to interpret or supplement the CISG, both judges and arbitrators do not seem too troubled by theoretical justifications when resorting to the UNIDROIT Principles for this purpose. Only in a few cases has recourse to the UNIDROIT Principles been justified on the ground that the issue at stake falls within the scope of the CISG and that the relevant provisions of the Principles invoked as gap-fillers could be considered an expression of the general principles on which the Convention itself is based. Other decisions equate the UNIDROIT Principles in their entirety with the general principles underlying the CISG, with no further explanation», véase: BONELL, Michael Joachim. *Op. cit.*, 15ff (33).

Hay decisiones que consideran que los Principios son «usos comerciales» aplicables según el artículo 9(2)¹⁰⁴ de CISG o, una expresión de la «nueva *lex mercatoria*». Sobre la base de estas premisas, los Principios ya no se utilizan simplemente como un medio para interpretar y complementar la CISG de acuerdo con el artículo 7 de la Convención y dentro de sus límites, sino que se aplican junto con la Convención como normas de derecho para regular, en lugar del derecho interno aplicable, incluso las cuestiones que quedan fuera del ámbito de la Convención.¹⁰⁵

3.6. Los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional

También puede recurrirse a los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional. Jueces y árbitros suelen enfrentarse a dudas respecto de la solución adecuada a ser adoptada bajo un derecho nacional en particular, ya sea porque existen diferentes alternativas o porque pareciera no aplicarse ninguna.¹⁰⁶ Éste es el caso, en particular, cuando el derecho interno en cuestión es el de un país en transición de una economía planificada a una economía de mercado, o si el país carece de experiencia en la regulación de las transacciones comerciales modernas. Sin embargo, los sistemas jurídicos altamente desarrollados tampoco ofrecen siempre una solución clara a las cuestiones específicas que surgen de los contratos comerciales, especialmente si son de carácter internacional, ya sea porque las opiniones están muy divididas o porque el tema en cuestión no se ha abordado hasta entonces. En ambos casos, los Principios pueden utilizarse como criterio para garantizar una interpretación y complementación del derecho nacional respectivo que sea

¹⁰⁴ Artículo 9(2) de CISG: «Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate».

¹⁰⁵ «Like: merger clauses, the right to request renegotiation of the contract in case of hardship, illegality and restitution, penalty clauses, limitation periods, etc.», véase: BONELL, Michael Joachim. *Op. cit.*, 15ff (34).

¹⁰⁶ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 6, p. 6.

coherente con las normas aceptadas internacionalmente y/o con las necesidades especiales de las relaciones comerciales transfronterizas.¹⁰⁷

El párrafo 6 del Preámbulo establece: «Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional».

Cuando los tribunales de arbitraje actúan bajo una ley o un reglamento de arbitraje que no ofrece la posibilidad de aplicar normas o «reglas de derecho», están obligados a aplicar «un derecho» al contrato. Para eludir dicha obligación podrían elegir primero un derecho nacional y luego recurrir a los Principios para complementar o interpretar dicho derecho.¹⁰⁸ Incluso, si la ley aplicable y el reglamento de arbitraje permiten la aplicación de normas o «reglas de derecho» (*rules of law*), el tribunal arbitral puede querer aplicar un derecho nacional y utilizar los Principios simplemente como un medio para complementar o interpretar el derecho nacional aplicable. Esto sería especialmente útil cuando el contrato tiene conexiones con varios derechos nacionales y el tribunal arbitral

¹⁰⁷ Véase: BONELL, Michael Joachim. *Op. cit.*, 15ff (35).

¹⁰⁸ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 47. «Some arbitral awards have denied the possibility for an arbitral tribunal to take into account the PICC and other transnational legal norms where faced with a valid, express choice of a domestic law by parties. For example the ICC Award Case n.º 9029: The Arbitral Tribunal decided against the applicability of the provisions of the UNIDROIT Principles. In its view, “[...] although the UNIDROIT Principles constitute a set of rules theoretically appropriate to prefigure the future *lex mercatoria* should they be brought into line with international commercial practice, at present there is no necessary connection between the individual [provisions of the] Principles and the rules of the *lex mercatoria*, so that recourse to the Principles is not purely and simply the same as recourse to an actually existing international commercial usage”. [...] The second reason, which comes into play even if one assumes that the rules on gross disparity and on hardship invoked by Respondent actually come under *lex mercatoria* and the practices of international trade in particular, consists in a widespread interpretative trend, which the Arbitral Tribunal agrees with, whereby, where the parties have expressly and precisely identified the law applicable to the relationship established between themselves and, in particular, have, as in the present case, identified it as a national law, the possibility of putting before judges rules that do not belong in the national system of rules to which the contracting parties have referred is precluded. In the light of the above mentioned trend, it is not sufficient, in order to make applicable *lex mercatoria*, for provisions that may exist in the national legal system to which the contracting parties have referred to contain references to *lex mercatoria*: that is to say, where the parties have availed themselves of the possibility of choosing the legal system applicable to their relationship, no-one can substitute himself for these parties in the choice of applicable laws, adapting the system at his discretion».

desea tener en cuenta esa diversidad. A este respecto, no suele importar al tribunal arbitral si el derecho nacional es aplicable al contrato en virtud de un acuerdo entre las partes (por ejemplo, una cláusula expresa de elección de ley o un acuerdo al inicio del procedimiento arbitral) o porque los árbitros la han seleccionado como ley aplicable al fondo cuando no hay una elección expresa de las partes. Las partes pueden incluso acordar durante el procedimiento que los Principios se apliquen como complemento al derecho nacional aplicable.¹⁰⁹

En más de la mitad de las decisiones recogidas en Unilex se utilizaron los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional aplicable. La mayoría de los casos en cuestión se referían a litigios internacionales, pero también hay decisiones que hacen referencia a los Principios y que se refieren a litigios de carácter puramente nacional, incluyendo casos relativos a transacciones de consumo. Y lo que es más importante, los derechos nacionales que rigen los contratos individuales en los casos en cuestión están lejos de ser únicamente los de los países menos desarrollados o los de los llamados países emergentes. De hecho, incluyen, entre otras, las leyes de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, España, Finlandia, Francia, Grecia, Inglaterra, Italia, Suecia, Suiza y el estado de Nueva York, confirmando así que incluso los sistemas jurídicos altamente sofisticados no siempre ofrecen soluciones claras y/o satisfactorias a las necesidades especiales de las transacciones comerciales internacionales actuales, mientras que los Principios pueden ofrecer realmente dicha solución. En varios casos, los juzgados y tribunales arbitrales han recurrido a los Principios en apoyo de la adopción de una de las varias soluciones posibles según el derecho nacional aplicable o para colmar una laguna legal del derecho nacional aplicable. También hay que tener en cuenta el aspecto psicológico. Por regla general, al menos una de las partes implicadas se enfrenta a una ley extranjera

¹⁰⁹ Véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 48. «However, it should be noted that some (rare) arbitral awards have denied the possibility for an arbitral tribunal to take into account the PICC and other transnational legal norms where faced with a valid, express choice of a domestic law by the parties», véase: Matthias Scherer, VOGENAUER, Stefan. «Commentary», Preamble II, Rn. 49.

que le es prácticamente desconocida. Para esta parte, es importante saber si la solución elegida según la ley extranjera es sustancialmente la misma que la solución a la que se ajusta un conjunto de normas equilibradas e internacionalmente reconocidas, como las de los Principios.¹¹⁰

Por esta razón, el Comentario Oficial de los Principios afirma: «Es aconsejable recurrir a los Principios como fuente de inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un contrato comercial internacional». De esta manera el derecho nacional en cuestión será interpretado y complementado de conformidad con estándares internacionalmente aceptados y/o las necesidades específicas inherentes a las relaciones comerciales transfronterizas.¹¹¹

3.7. Los Principios como modelo para legisladores nacionales e internacionales

En virtud de sus características propias, los Principios pueden además servir como modelo a legisladores nacionales e internacionales para la redacción de leyes en materia de contratos en general u operaciones específicas. A nivel nacional, los Principios pueden ser de utilidad especialmente para aquellos países que no cuentan con un cuerpo legislativo avanzado en materia contractual y tienen el propósito de modernizar su legislación, o al menos ajustarla a los niveles internacionales en lo que se refiere a relaciones jurídicas surgidas del comercio exterior. Una situación similar se presenta en aquellos países con un ordenamiento jurídico bien definido, pero que se encuentran ante la necesidad urgente de reformar su legislación, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos económicos y de negocio, debido a cambios drásticos y recientes en su estructura político-social. A nivel internacional, los Principios podrían

¹¹⁰ Véase: BONELL, Michael Joachim. *Op. cit.*, 15ff (36, 37).

¹¹¹ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 6, p. 6.

convertirse en un punto de referencia para la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo.¹¹²

Algunos países como Rusia, China, España y África han utilizado los Principios como fuente para su reforma del derecho contractual nacional. Así, el presidente ruso de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, y miembro del Consejo de Administración de Unidroit, declaró que «en relación con el nuevo Código Civil ruso, los Principios ya han desempeñado el papel que se pretendía para ellos en el “Preámbulo” [...] en el sentido de que han servido de modelo para la legislación nacional». En 2004, el Ministerio de Justicia español publicó su propuesta de reforma del Código de Comercio español para actualizar las leyes a los mercados modernos. El proyecto de Código de Comercio incorpora soluciones de los Principios y de los principios de derecho contractual europeo. Las referencias a los Principios por parte de la Comisión redactora supone la primera vez que son tan citados en el derecho español. Lo ha hecho porque su objetivo era unificar las normas internacionales y nacionales de derecho mercantil. Hoy en día, la CISG está en vigor en España, pero sólo cubre los contratos de compraventa internacional. Para extenderla a una regulación general de los contratos comerciales, los Principios parecen ser la expresión más aceptada del derecho internacional de los contratos comerciales.¹¹³ El antiguo jefe del Departamento de Derecho

¹¹² *Idem*, Preámbulo, comentario 7, pp. 6-7.

¹¹³ Véase: WHITED, Christine M. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world». En *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2011, n.º 1, vol. 18, p. 167 (185). «The general principle of good faith is codified in Article 7 of the Spanish Civil Code and incorporates the abuse of rights doctrine, utilizing the terms in the commentary of the 2004 edition of the Principles. Additionally, while pre-contractual liability in cases of bad faith was accepted in Spanish case law, it was never codified as part of the Civil Code. The new draft mimics article 2.15 and 2.16 of the Principles, covering pre-contractual liability. Finally, the section on formation of a contract in the Spanish Civil Code adopts the terminology of articles 2.1.1-2.1.7 and 2.1.11 of the Principles almost verbatim. The Spanish Commercial Code also closely follows the UNIDROIT provisions on contractual interpretation. The provisions on interpretation in the draft of the Spanish Commercial Code are drafted following articles

de los Tratados del Ministerio de Comercio chino, el profesor Zhang Yuqing, declaró que «el amplio ámbito de aplicación de los Principios de Unidroit ha tenido sin duda un impacto en el nuevo derecho contractual [chino]». Así pues, los redactores del derecho contractual chino se basaron en gran medida en los Principios y adoptaron diversas disposiciones al reformar su derecho contractual interno vigente. Antes de la reforma del derecho contractual chino no existía ninguna disposición sobre la formación de contratos. El derecho contractual chino, en su versión actual, adoptó el modelo de oferta y aceptación utilizado por los Principios y la CISG. Los artículos 3 al 7 de la Ley de Contratos china recogen los principios contractuales básicos, como la igualdad, la autonomía de la voluntad, la equidad, la buena fe y el interés público. Estos principios básicos se recogen también en los Principios. África es uno de los ejemplos más claros y únicos de cómo los Principios pueden utilizarse para reformar el derecho nacional. La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África —conocida por el acrónimo francés Ohada— se instituyó el 17 de octubre de 1993 mediante un tratado firmado en Port-Louis (Mauricio) y está formada por dieciséis Estados miembros: Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Malí, Níger, Senegal, Togo y la Unión de las Comoras. El objetivo de la creación de la Organización era «promover la integración regional y el crecimiento económico y garantizar un entorno jurídico seguro mediante la armonización del derecho mercantil», que se consideraba indispensable para el desarrollo económico de la región. Para alcanzar el objetivo de crear un marco jurídico seguro que promueva la inversión y el crecimiento económico entre los países miembros, la Ohada decidió emprender un ambicioso proyecto de armonización en el ámbito del derecho mercantil y pidió a Unidroit que ayudara a la organización a crear una Ley Uniforme de Derecho Mercantil. En 2004, Marcel Fontaine, miembro del grupo de trabajo de Unidroit de

4.1-4.7 of the UNIDROIT Principles. The only derivation is the exclusion of the term “reasonable person”, and the omission of Article 4.5 of the Principles requiring all terms to be given effect».

Bélgica, fue nombrado experto responsable del proyecto y trabajó directamente con los funcionarios de la Ohada en la creación del proyecto y en la aportación de comentarios. La Ley Uniforme (Uniform Act) de la Organización no sólo se inspiró en los Principios, sino que, lo que es más importante, utilizó los Principios como modelo, adoptando muchos de ellos casi al pie de la letra.¹¹⁴

3.8. Otros usos posibles de los Principios

Como dice el Comentario Oficial, la lista que figura en el Preámbulo acerca de los diversos usos que se puede dar a los Principios no es exhaustiva. Así, los Principios pueden ser utilizados como una guía para redactar contratos. En particular, los Principios pueden facilitar la identificación de aquellos puntos que deben integrar el contrato, proveyendo una terminología neutra comprensible para todas las partes involucradas en el contrato. Este uso de los Principios resulta particularmente provechoso en razón de que los Principios se encuentran disponibles en varios idiomas.¹¹⁵ Unilex menciona trece casos en el apartado «Principios y otros instrumentos internacionales». Sólo un caso refiere «as guide for drafting contracts».¹¹⁶

Como hemos visto, el Comentario Oficial dice que los Principios también pueden ser utilizados en lugar del derecho nacional que resulte de otro modo aplicable al caso. Éste sería el caso cuando resulte imposible o extremadamente difícil determinar cuál es la regla de derecho de un ordenamiento jurídico en particular aplicable un tema específico, es decir, cuando dicha determinación conlleve un costo o esfuerzo desproporcionado. Esta dificultad suele obedecer a las características especiales de las fuentes jurídicas y/o al costo que implica acceder a ellas.

¹¹⁴ Véase: WHITED, Christine M. *Op. cit.*, p. 167 (189-190).

¹¹⁵ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 8, p. 7.

¹¹⁶ Ver <http://www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1280#issue_1280>.

Además, los Principios pueden ser utilizados como material didáctico en universidades y facultades de derecho, promoviendo de esta forma la enseñanza del derecho contractual sobre una base genuinamente comparada.¹¹⁷

4. ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

Como se ha mostrado, el hecho de que, a pesar de la creciente internacionalización del comercio, las transacciones transfronterizas sigan estando sujetas, en gran medida, a las leyes nacionales, presenta una serie de deficiencias y los instrumentos de derecho indicativo, como los Principios, podrían representar una alternativa válida a un enfoque de conflicto de leyes estrictamente positivista o centrado en el derecho estatal. De modo que hay que preguntarse por qué los Principios no se utilizan cada vez más en el contexto de las transacciones internacionales en los contratos o en el contexto de la práctica de la resolución de conflictos. Se dan varias razones para ello, como:

- Los Principios son una codificación meramente privada, carecen de la «legitimidad democrática» necesaria para ser un verdadero conjunto de normas jurídicas vinculantes o «positivas».
- Los Principios sólo abarcan cuestiones de derecho contractual general, pero no contienen normas para contratos específicos.
- Los Principios no proporcionan una jurisprudencia suficientemente desarrollada sobre su aplicación en la práctica y, por tanto, no demuestran la necesaria seguridad y previsibilidad de las soluciones.¹¹⁸

¹¹⁷ UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Preámbulo, comentario 8, p. 7.

¹¹⁸ Véase: BONELL, Michael Joachim. *Op. cit.*, 15ff (39).

Bonell cree que la verdadera razón de que los Principios no hayan funcionado demasiado bien en la práctica es el conservadurismo inherente, junto con una buena dosis de provincianismo de la profesión jurídica. La formación jurídica de la inmensa mayoría de los abogados se centra, incluso hoy en día, y no digamos en el pasado, en un único sistema jurídico, el de su propio país, con poca o ninguna consideración por las leyes extranjeras o los convenios internacionales de derecho uniforme y mucho menos por los instrumentos de derecho indicativo como los Principios. No es de extrañar que a la hora de asistir a sus clientes en transacciones transfronterizas, la mayoría de los abogados les aconsejen que insistan, si su capacidad de negociación se lo permite, en la aplicación de su propia ley nacional o, en caso contrario, que opten por la ley nacional de un tercer país. De hecho, como demuestran varios estudios empíricos realizados en diferentes partes del mundo, la mayoría de los contratos comerciales internacionales contienen una cláusula de elección de ley a favor de la ley nacional de cualquiera de las partes o, si ninguna de las partes está en condiciones de imponer su propia ley, a favor de las llamadas leyes neutrales —principalmente, la ley inglesa o la ley suiza— con poca o ninguna consideración de sus méritos intrínsecos en comparación con otras opciones posibles.¹¹⁹

Un interesante estudio sobre el uso de los instrumentos de *soft law* en el blog de arbitraje de Kluwer¹²⁰ ha mostrado que el uso de los Principios puede variar mucho, especialmente desde el punto de vista geográfico. Según esta encuesta, los Principios se utilizan con mucha más frecuencia en Europa del Este y América Latina que en Europa Occidental y América del Norte:

¹¹⁹ *Idem*, 15ff (40).

¹²⁰ MEREMINSKAYA, Elina. «Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration». En *Kluwer Arbitration Blog*, 6 de junio del 2014. Recuperado de <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>>.

	Siempre	Regularmente	Ocasionalmente	Nunca
Europa del Este	25 %	25 %	50 %	-
Europa Occidental		8,3 %	41,5 %	50 %
América del Norte			71,4 %	28,6 %
América Latina	23,1 %	7,7 %	38,5 %	30,8 %

Se dice que la variación intraeuropea puede explicarse por el hecho de que los países de Europa del Este han llevado a cabo recientemente intensas reformas jurídicas y se han esforzado por crear un derecho privado moderno, por lo que han tendido a considerar los Principios.¹²¹

Quizás sean precisamente esos países los que acaben incorporando más los Principios en su redacción de contratos internacionales. De hecho, el enfoque tradicional y aún predominante de «nacionalizar» las transacciones transfronterizas (someterlas a la ley de un país concreto como si fueran contratos puramente nacionales) ya no debería ser la solución.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONELL, Michael Joachim. «The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles». En *Uniform Law Review*, 2018, vol. 23.

BRÖDERMANN, Eckart J. *UNIDROIT Principles of International Commercial Principles. An Article-by-Article Commentary*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

¹²¹ *Ibidem*.

BURKART, Fabian. *Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

GABRIEL, Henry Deeb. «The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference». En *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, vol. 34, artículo 3.

MCGUIRE, Mary-Rose. «Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? - Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO». En *Zeitschrift für Schiedsverfahren in Zusammenarbeit mit der DIS, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit - SchiedsVZ*, 2011, n.º 5, vol. 9.

MEREMINSKAYA, Elina. «Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration». En *Kluwer Arbitration Blog*, 6 de junio del 2014. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>.

MEYER, Lars. «Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization». En *Denver Journal of International Law & Policy*, 2006, n.º 1, vol. 34.

TERCIER, Pierre. «Schiedsgerichtsbarkeit und “Principles”». En: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht - ZeuP*, 2010, n.º 2.

UNIDROIT. *Comentario Oficial de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma, 2016.

UNIDROIT. *Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial and the COVID-19 Health Crisis*, 15 de julio del 2020, p. 4, Rn. 7. Recuperado de <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>.

VOGENAUER, Stefan. «Commentary». En *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Segunda edición. Oxford: Oxford University, 2015.

VOGENAUER, Stefan. «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010». En *Zeitschrift für europäisches Privatrecht - ZEuP*, 2013, n.º 1.

WHITED, Christine M. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world». En *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2011, n.º 1, vol. 18.

WICHARD, Johannes Christian. «Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte». En *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, abril 1996, n.º 2, vol. 60.

LA APLICABILIDAD DE LA *LEX MERCATORIA* EN LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

*M^a Inmaculada Rodríguez Roblero**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Métodos de solución de diferencias.— 3. La *lex mercatoria* en el comercio internacional.— 3.1. Origen de la *lex mercatoria*.— 3.2. Concepto de *lex mercatoria*.— 3.3. Ventajas y desventajas de la *lex mercatoria*.— 3.4. Límite a la aplicación de la *lex mercatoria*: el orden público transnacional.— 3. La aplicación de la *lex mercatoria* en la resolución de diferencias y específicamente en el arbitraje.— 5. A modo de conclusión: ¿hacia dónde va la *lex mercatoria*?— 6. Referencias bibliográficas.

*Esta nueva lex mercatoria se configura como un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector.*¹

* Doctora en Derecho, U. Complutense de Madrid.

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales». En GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (director). *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior. Madrid: Iustel, 2009, p. 107. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/9312/1/AUTORREGULACION_Y_UNIFICACION%93N_DEL_DERECHO_DE_LOS_NEGOCIOS_%E2%80%A6.pdf>.

1. INTRODUCCIÓN

Después de esta cita del profesor Fernández Rozas resulta evidente que nos encontramos frente a un tema muy interesante y que nos hará reflexionar en cuanto a la oportunidad de recurrir a la *lex mercatoria* en la solución de diferencias con base en la autonomía de la voluntad de las partes.

Para comenzar este trabajo debemos definir lo que vamos a entender por diferencia, así como los métodos con los que contamos para resolver o solucionar dichos desacuerdos y, también, qué es y cómo podrá ayudarnos en este proceso la *lex mercatoria*.

Este trabajo también se debe enmarcar en el ámbito internacional, ya que en el ámbito local o nacional los operadores jurídicos deberán estar y aplicar las normas de sus respectivas jurisdicciones; pero será preciso hacer una salvedad, ya que aún en el ámbito local podremos acudir a la *lex mercatoria* cuando optamos por algún método que permita la resolución de un conflicto con base a criterios de oportunidad, según el leal saber y entender de las partes o de quien está encargado de resolver la diferencia o conflicto, siendo ésta un instrumento útil para vehicular dicha solución, como, por ejemplo, si estamos acudiendo a una Mediación en la que se podrá decidir conforme a criterios de equidad una controversia entre dos empresarios.

Una definición de diferencia, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su tercera acepción será «controversia, disensión u oposición de dos o más personas entre sí».² Vemos ya cómo esta definición nos lleva al término controversia, aunque en este contexto también hay que decir que una diferencia no tiene siempre que recaer sobre un conflicto, con su consiguiente apreciación negativa del asunto que

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diferencia». En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <<https://dle.rae.es/diferencia?m=form>>.

tenemos entre manos. «Diferencia» puede referirse a una distinta aproximación a los hechos con los que estamos trabajando, a disparidad de criterios para tomar una decisión, a un voto disidente en un grupo, a una interpretación sobre un objeto o una determinación de un contrato, entre otros.

Diferencia será, por tanto, una disparidad de criterios, para lo cual necesitaremos de un esfuerzo conjunto de los involucrados para llegar a un consenso o de la ayuda de un tercero para lograr continuar y alcanzar un objetivo común al que ambas partes están aspirando.

En este trabajo se analizará, por tanto, cómo los diferentes métodos de resolución de conflictos pueden valerse de la *lex mercatoria* como elemento aclarador, interpretador o guía de los hechos o circunstancias concretas que se estén planteando, en aras de alcanzar una solución justa para el caso concreto y que genere una previsibilidad y estabilidad en el tráfico jurídico.

Para esto será necesario comenzar con una definición y análisis de los distintos métodos de solución de controversias, para luego seguir con el análisis en detalle de la *lex mercatoria*, su concepto, origen y alcance, para concluir con unas reflexiones de lo que se puede esperar de esta aplicación práctica de la misma.

2. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Las diferencias, como hemos introducido anteriormente, no siempre, aunque muchas veces, generan conflictos. Las diferencias se pueden resolver con o sin la ayuda de un tercero que podrá o no tener poder decisorio y podrá, a su vez, tener o no incluso poder coercitivo sobre las partes. Dependiendo del tipo de diferencia, también podremos acudir a uno u otro método de resolución de conflictos, ya que no todos son válidos para las mismas diferencias o conflictos por sus mismas particularidades.

Como es bien sabido, el terreno de los métodos de resolución adecuada de conflictos es un campo muy fértil, ya que, a diferencia de la vía natural de solución de diferencias, es decir, la vía judicial, estos otros métodos de resolución de disputas se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, podrá haber tantos mecanismos como las partes quieran y se adaptarán como «un traje a medida» a esas circunstancias concretas y a las demandas de esas partes concretas.

Estos «otros» métodos de resolución de disputas nos han acompañado a lo largo de la historia de la humanidad. En la antigüedad, por ejemplo, en las tribus, los ancianos ejercían un papel de mediador o árbitro para solventar las disputas o diferencias y así en multiplicidad de situaciones hasta llegar a Grecia y Roma, en las cuales ya eran una práctica habitual, sistematizada y normada. A modo de ejemplo, Aristóteles afirma en su *Retórica*, que era más razonable someterse a un arbitraje que a un juicio, ya que «el arbitrador atiende a lo razonable, y el juez, a la Ley, y fue precisamente por eso por lo que se llegó al hallazgo del arbitrador, para que predomine lo razonable».³ Por su lado, en el derecho romano el arbitraje era una práctica habitual de la justicia del pretor. Se fundamentaba en la buena fe de las partes en el cumplimiento de un contrato, pero no contaba con el carácter jurisdiccional que adquirió posteriormente.⁴

Poco a poco se fueron sistematizando estas prácticas y desde los años setenta del siglo pasado, gracias al esfuerzo de representantes de muchos sectores que habían comprobado su eficacia y promovido su uso, se empezaron a promover entre la población en general, procu-

³ Por ejemplo, al hablar de arbitraje: ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 127.

⁴ RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2010, p. 18; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*». En *Anuario de Derecho Civil*, 1979, n.º 4, p. 625 y ss. Recuperado de <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-40061900726>.

rando hacer accesibles su procedimiento y terminología, ya que la experiencia nos muestra que cuando somos parte de la solución asumiremos con más diligencia y respeto las consecuencias de ésta, al contrario de lo que ocurre cuando dicha solución nos viene impuesta desde fuera, que es lo que ocurre cuando optamos por la vía judicial.⁵

Los métodos de resolución adecuada de conflictos o métodos alternativos a la jurisdicción para resolver disputas sobre materia de libre disposición (ADR, por sus siglas en inglés correspondientes a *Alternative Dispute Resolution*), se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes, con los límites propios que establecen la ley y la ética. De esta forma se podrán diseñar tantos mecanismos como las partes quieran, aprovechando esta flexibilidad para crear incluso métodos *ad hoc* para un asunto y circunstancias concretas, permitiendo a las partes dar una solución «a medida» a sus problemas. Se trataría, si se quiere, de justicia privada, pero «la justicia privada no compite con la justicia estatal; cada una tiene sus luces y sus sombras [...] Y, aunque se trata de justicia privada, es primero y ante todo justicia».⁶

En la definición antes esbozada se resaltan los límites con los que cuentan los ADR, es decir, la materia de libre disposición enmarcada dentro de la Ley y de la ética. La materia disponible será toda aquella sobre la que las partes puedan decidir sin que esto implique que están actuando en contra de una norma de orden público, o que el hacerlo pueda generar conflictos éticos.

Para delimitar este concepto en el ámbito práctico se podría afirmar que únicamente no se podrá disponer o transigir sobre el estado civil de

⁵ RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. «Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos». En *Revista Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, n.º 3, vol. X, p. 799 y ss.

⁶ COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 327. Traducción libre de: «La justice privée ne vient pas en concurrence de la justice étatique; chacune a ses lumières et ses ombres. [...] Il mérite bien cela car, s’il est justice privée, il est d’abord justice».

las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros, por lo que podríamos afirmar que prácticamente en todos los demás conflictos privados, y para los cuales la ley no prevea un procedimiento específico y excluyente, pueden las partes intervinientes intentar solucionarlos mediante algún método alternativo a la jurisdicción.⁷

Dentro del límite de la legalidad tenemos como marco de referencia el orden público, el cual no se puede traspasar bajo ningún concepto, ya que es el que asegura el ejercicio pacífico de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.⁸ Esto requiere, además, de la aplicación obligatoria por las partes y por el tercero que coadyuve en la solución de la disputa de las correspondientes normas imperativas, incluso cuando el derecho no deba ser aplicado, ya que se entiende que dichas normas imperativas, al igual que el orden público, siempre se deberán aplicar sin admitir acuerdo en contrario.⁹ La finalidad de acudir a estas otras vías es lograr un acuerdo ejecutable o evitar un conflicto o litigio. Si no se aplican estas normas imperativas el acuerdo generará más conflictos y, por tanto, no se conseguirá el fin perseguido. En este sentido se encuentra, por ejemplo, el artículo 1:103 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, al afirmar que no obstante las partes pueden regir su contrato conforme a dichos principios «deberán respetar las normas impe-

⁷ ALONSO PUIG, José María. «Retos del Arbitraje en España». En *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 1, enero-marzo 2020, p., 2; COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (director). *Enciclopedia de arbitraje (Primera parte)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, p. 62.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. 2020. Recuperado de <<https://dpej.rae.es>>. Y en este sentido también el artículo 1.4 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016 que dice de forma expresa: «Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado».

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

rativas del derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato».¹⁰

En la mencionada definición también se ha incluido, como limitante a la disponibilidad, la ética, porque si bien es cierto que los conflictos patrimoniales, por definición, son legalmente disponibles, es importante también analizar, desde el punto de vista de la responsabilidad social, las consecuencias que ese conflicto o la disposición de éste pueda acarrear a los diferentes grupos de interés (*stakeholders*).

No se puede circunscribir un conflicto a una única perspectiva, sino que se debe analizar desde todas las posibles perspectivas afectadas con el fin de lograr un resultado justo y fundamentado en la buena fe de los intervinientes y, no solamente, aunque necesariamente, legal.¹¹ Y esto es algo que los ADR permiten, ya que un juez debe aplicar la ley independientemente de sus consecuencias en terceras personas,¹² mientras que a través de un método alternativo a la jurisdicción, si bien se debe aplicar esa misma ley, se pueden atenuar sus consecuencias o se pueden crear diferentes métodos de ejecución que al menos atenúen posibles consecuencias negativas en terceros no intervinientes, o que a su vez puedan satisfacer los intereses legítimos de los involucrados, aunque no en la forma tradicional o estrictamente positivista de las normas.

¹⁰ COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, traducción de LANDO, Beale, eds. *Principles of European Contract Law*. La Haya: Kluwer Law International, 2000. Recuperado de <<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>>.

¹¹ Como ejemplo de esto se puede citar el llamamiento a la suspensión de reclamaciones de arbitrajes de inversión basados en las medidas tomadas por los gobiernos ante la emergencia de la COVID-19 (año 2020) hasta que la pandemia haya llegado a su fin, con el fin de garantizar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT. *Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response*, 6 de mayo del 2020. Recuperado de <<https://ccsi.columbia.edu/content/call-isds-moratorium-during-covid-19-crisis-and-response>>.

¹² Tal y como dicta el aforismo romano: *dura lex sed lex*.

Esto que se afirma se puede también subsumir en el principio general de la buena fe, principio que hemos heredado del derecho romano, siendo uno de los principios que sirven de fundamento, ordenación e interpretación del ordenamiento jurídico actual.¹³ Este principio está presente en todas las regulaciones formales y no formales, como sería, por ejemplo, el artículo 1.7. de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, Principios Unidroit) en el que se establece que las partes deben actuar con buena fe en el comercio internacional, sin poder excluir ni limitar este deber.¹⁴

Para lograr acertar en nuestra elección es importante conocer los diferentes ADR existentes que permiten solucionar conflictos, su concepto, características, requisitos y ámbito de aplicación, para saber cuál de éstos se adecua mejor a nuestras exigencias y necesidades, así como cuáles son sus posibles consecuencias, ya que no todos tienen los mismos efectos jurídicos. No todos valen para todos los posibles conflictos que se puedan presentar en las relaciones comerciales o de cualquier índole, por lo que será necesario un análisis concienzudo en cada caso particular para saber cuál de estos métodos será el adecuado para el contexto y circunstancias concretas.¹⁵

Podemos analizar estos métodos a través de la analogía de una escalera. En los primeros peldaños encontramos los métodos autocompositivos de resolución de conflictos y en los últimos peldaños estarán los métodos heterocompositivos.

Los primeros peldaños implican una participación directa de los afectados, ya sea en el planteamiento o resolución de sus disputas, como

¹³ LÓPEZ HUGUET, María Luisa. *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*. Barcelona: Atelier, 2021, p. 168 y ss.

¹⁴ En el mismo sentido, artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en el que se dice de forma expresa: «(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo».

¹⁵ Se puede ampliar este apartado en RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. «Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos», pp. 799-847.

sería en la negociación o en la mediación. En la primera, son las mismas partes, con o sin la ayuda de un tercero, las que deben llegar, ellas mismas, a un acuerdo que les resulte mutuamente satisfactorio y su resultado tendrá una eficacia meramente contractual. Éste sería el caso de la renuncia por acuerdo de partes regulado en el artículo 5.1.9. de los Principios Unidroit, al decir que «un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor».

Por su parte, en la mediación debe existir un tercero, ya sea con una participación más activa o solamente facilitativa, que ayude a las partes a llegar a un acuerdo con el valor de un contrato entre ellas, el cual en determinadas jurisdicciones tendrá el valor de título ejecutivo.¹⁶

Estos dos métodos fomentan la comprensión de los intereses de la contraparte, facilitando la comunicación y animando que las relaciones comerciales o de la índole que sean perduren en el tiempo, o al menos se mantengan, sin que exista un vencedor y un vencido, lo cual repercutiría negativamente en relaciones futuras.

Si se continúa subiendo la escalera de nuestra analogía, nos encontraremos con los métodos heterocompositivos de resolución de disputas, en donde un tercero entra en la escena para resolver de forma definitiva y vinculante un conflicto. Aquí se encuentran, por ejemplo, el arbitraje y la justicia ordinaria. El resultado será vinculante y ejecutivo por sí mismo, y la participación de las partes se limitará a presentar sus pretensiones y a probar las mismas, mientras que será el tercero quien dirima la cuestión de forma definitiva. Como ejemplo de este tipo de solución se podría mencionar el artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo), normativa que han adoptado la gran mayoría de países, en la

¹⁶ Por ejemplo, en España, artículo 23.3 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que: «El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo».

que se establece en su punto 1 que «un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado [...]».

Como el título de este artículo está enfocado en la solución de diferencias y no solamente de los conflictos, también en estos peldaños podemos encontrar el peritaje, las juntas de resolución de disputas, el experto neutral, la evaluación neutral anticipada, entre otros muchos, en los que un tercero deberá decidir sobre la cuestión planteada, en algunos casos de forma vinculante y en otros de forma orientativa para las partes.¹⁷

En este estudio nos enfocaremos en el arbitraje, como ámbito en el cual la *lex mercatoria* ha encontrado el «caldo de cultivo» perfecto, al necesitarse mutuamente para su desarrollo y aplicación. Será a través del arbitraje internacional en el que esta forma de autorregulación sectorial logre desplegarse y afianzarse, en aras de la seguridad del tráfico y de la resolución con previsibilidad jurídica de sus posibles conflictos.

3. LA *LEX MERCATORIA* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

3.1. *Origen de la lex mercatoria*

Aunque se quiera mencionar la *lex mercatoria* como algo propio de nuestros tiempos mediante la cual los nuevos comerciantes quieren huir de la rigidez de las normas soberanas de determinados Estados, los usos y las prácticas mercantiles fueron los que dieron origen a esos mismos Estados hace muchos siglos ya.¹⁸

¹⁷ RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. «Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos», p. 799 y ss.

¹⁸ NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *El derecho, ciencia y realidad*. Madrid: Universitas, 1993, p. 251.

En Roma no existió un derecho mercantil autónomo, sino que era parte del derecho privado en contraposición con el derecho público y el derecho sacro.¹⁹ Éste nacerá en los siglos X y XI en Italia, cuando el derecho romano perdió su flexibilidad y no se adaptaba a las necesidades del comercio del momento. Las cruzadas abrieron vías de comunicación con el Cercano Oriente, aumentando el intercambio de productos y provocando de esta forma que surgiera una nueva regulación de la mano de los propios mercaderes, que se asociaban en gremios y corporaciones y dictaban las normas que creían y aceptaban como convenientes para su funcionamiento.²⁰

Nacería, así, como un derecho consuetudinario en los gremios, los cuales estaban conformados por grupos de comerciantes dedicados a una misma actividad agrupados para la protección y la defensa de sus intereses comunes. Se desarrollará, por tanto, en función de los sujetos protagonistas —los comerciantes— y de su ejercicio profesional, por lo que surge como un derecho privado especial que acota la materia regulada por razón de las personas: *ius mercatorum*; y de la actividad: *ratione mercaturae*; a las que se aplica. Las relaciones del comerciante extraprofesionales caerían fuera del ámbito de su aplicación.²¹

Las primeras compilaciones de costumbres de mercaderes conocidas son las de Génova (1056), de Pisa (1161) y de Milán (1216).²² Estas

¹⁹ *Idem*, p. 247.

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales (*Law and Practice in the Codification of International Business Law*)». En *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, p. 81 y ss. Recuperado de <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/6581/>>.

²¹ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «El derecho mercantil. Origen y evolución histórica». En *Derecho Mercantil*, Vol.1, Madrid, 2013, p. 37 y ss.

²² MOTILLA MARTÍNEZ, Jesús. *Las ordenanzas del Consulado de Bilbao. Interesante fuente histórica del Derecho mercantil (versión paleográfica y notas sobre fragmentos de texto)*, pág. 190. Recuperado de <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/download/10978/10040>>.

compilaciones eran generalmente interlocales e internacionales, pero todas muy parecidas, ya que resolvían situaciones similares de comerciantes que se encontraban en las mismas ferias y mercados.

Por su parte, la jurisdicción consular de las corporaciones le dio un gran impulso al derecho mercantil, ya que los cónsules administraban justicia sin formalidades específicas y de acuerdo con equidad (*ex bono et aequo*), intentando siempre averiguar la verdad real, por lo que sus resoluciones fueron una forma concreta y segura de documentación de las costumbres que imperaban en el comercio de ese momento.²³

Como es bien sabido, para que el derecho consuetudinario sea reconocido como tal no basta con que determinado grupo de personas se comporte en un sentido concreto, sino que es necesario que se añada una «declaración fundada de que tal comportamiento es expresión de una convicción jurídica que lo acompaña».²⁴ Esto se va consiguiendo con las mencionadas recopilaciones y estatutos, que poco a poco van uniformando los contratos más comunes: se consensuan los principios constitutivos como la buena fe, la reciprocidad, la no discriminación entre locales y extranjeros, la resolución de conflictos basados en la equidad por expertos de su propio gremio o condición, y cuya principal finalidad era lograr una resolución rápida de sus conflictos, sin romper la relación preexistente, escapando de costumbres o regulaciones locales que no favorecían el comercio.²⁵

El derecho mercantil evoluciona y ya en la Edad Moderna, la primera fuente de producción normativa pasa de la costumbre a la ley, siendo el Estado nacional y soberano el único que ostenta esta potestad,

²³ PETIT CALVO, Carlos. «Arreglo de consulados y revolución burguesa en los orígenes del moderno derecho mercantil español»: En *Historia. Instituciones. Documentos*, 1984, n.º 11, p. 255 y ss. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58160.pdf>>.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Ariel Derecho, 2001, p. 354.

²⁵ STONE SWEET, Alec. «The new *Lex Mercatoria* and transnational governance». En *Journal of European Public Policy*, agosto 2006, n.º 5, vol. 13, p. 629. Recuperado de <<https://doi.org/10.1080/13501760600808311>>.

como, por ejemplo, mediante las diversas ordenanzas que se promulgan y que requieren para su vigencia la aprobación del monarca.²⁶

Así ha transcurrido el tiempo, las condiciones políticas y sociales han ido evolucionando y adaptándose a las nuevas realidades, se han intensificado las relaciones económicas internacionales, lo que a su vez ha hecho que se generen más diferencias con ese componente de internacionalidad que, como bien se sabe, también diferentes normas se han ocupado de definirlo.²⁷ De esta forma, a finales del siglo XX, la globalización se convirtió en un hecho, creciendo una insatisfacción frente a la jurisdicción como medio natural para solucionar los litigios, por lo que surge una nueva *lex mercatoria*, concebida como un derecho supranacional propio del comercio transnacional, donde el principal objetivo es lograr que dichas relaciones puedan desenvolverse de forma eficaz.²⁸

El comercio internacional se ha perfilado así, como afirma el profesor Fernández Rozas, gracias a dos factores fundamentales: la heterogeneidad del desarrollo de la economía y la política mundial, donde las nuevas relaciones económicas internacionales ya no solamente se dan entre Estados, sino que también ocurren entre grupos de Estados y con sujetos privados, lo que obliga a una colaboración estrecha en la creación de mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial.²⁹

²⁶ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 42 y ss.

²⁷ Un conflicto será internacional, según el artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando las partes de un acuerdo tienen el momento de celebración del mismo sus establecimientos en Estados diferentes, o el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha esté fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos. También se considerará internacional la disputa si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo está relacionada con más de un Estado.

²⁸ RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, p. 23.

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», pp. 83-137.

El comercio internacional comprende al mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional; por ello, el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción del mercado.³⁰

Los Estados y las diferentes instituciones como, por ejemplo, la Comisión Europea, intentan armonizar las legislaciones en este ámbito, ya que, aunque normalmente no hay problemas a la hora de definir la normativa aplicable a las relaciones transfronterizas entre sus mismas partes intervinientes, sí degeneran en conflictos cuando hay contradicción entre las normas obligatorias de un país y las de otro país, lo que podría influir de forma negativa en transacciones comerciales.³¹

Estos conflictos y diferencias también cada vez han devenido más complejos, para lo que la elección de las normas aplicables juega un papel fundamental, desplazando en la medida de lo posible los ordenamientos locales,³² por considerar que dichos ordenamientos locales pueden mermar los derechos de la parte que no pertenezca a él.

Pueden existir razones económicas o jurídicas importantes que expliquen la dificultad o incluso la imposibilidad de que una de las partes acepte las condiciones de un contrato tipo empleado usualmente en el Estado miembro de la otra parte. Por idénticas razones, puede que a ésta última le resulte difícil aceptar el tipo de condiciones estipuladas normalmente en el Estado miembro de la primera parte.³³

³⁰ *Ibidem*.

³¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo*. Bruselas: 2001, p. 9. Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0398&from=ES>>.

³² STONE SWEET, Alec. *Op. cit.*, p. 632.

³³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Op. cit.*, p. 10.

En este sentido, por ejemplo, a nivel de la Unión Europea, el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales establece las normas de conflicto de leyes vigentes para los Estados miembros. Así, en su artículo 4, establece las reglas que se han de seguir en caso de que las partes no hayan elegido. Por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el vendedor/prestador del servicio tenga su residencia habitual; en los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble, etcétera. En resumen, en términos generales, habrá que someterse a la ley del país en la que se deba realizar la prestación más característica del contrato, o a la que se desprenda del contrato y que guarde vínculos más estrechos.

Todo esto nos muestra cómo se ha ido evolucionando poco a poco hacia la uniformización y la armonización del derecho mercantil, estandarización o creación de contratos modelo, creación de cortes internacionales de arbitraje y resolución de conflictos como alternativa a la regulación y al sometimiento a los ordenamientos nacionales. Y en este proceso ha tenido un papel preponderante y vanguardista la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI o Uncitral, por sus siglas en inglés), cuya función principal radica en promover la armonización y la modernización progresiva del derecho del comercio internacional a través de la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil,³⁴ con el fin de

³⁴ Ver <<https://uncitral.un.org/es>>.

suprimir los obstáculos jurídicos que pudieran existir para una adecuada organización del comercio internacional.³⁵

Del mismo modo, instituciones como la Cámara de Comercio de París (en adelante, CCI)³⁶ es uno de los principales motores de esta armonización, con sus contratos modelo y herramientas que facilitan las transacciones comerciales internacionales.

Igualmente, en la economía mundial global en la que nos encontramos inmersos se ha ido conformando un cuerpo normativo de origen espontáneo,³⁷ gracias a la necesidad de homogenizar las prácticas comerciales y contar con un cuerpo objetivo de normas, donde la técnica y la economía tienen un papel preponderante, las cuales crean expectativas estables en los comerciantes con el fin de reducir la intervención estatal al mínimo en el comercio internacional. Este nuevo cuerpo normativo homogenizado para su aplicación por sistemas privados aceptados y creado por y entre empresarios es lo que se viene denominando «nueva» *lex mercatoria*.³⁸

Es así como la aparición de este nuevo *ius commune* del comercio internacional, a través de contratos tipo, condiciones generales, regulaciones que sistematizan prácticas comerciales y legales aceptadas en sistemas jurídicos diferentes, etcétera, constituye un derecho vivo que se adapta a la realidad, creando seguridad jurídica en el tráfico mercantil no sólo en la constitución de sus contratos, sino también como instrumento

³⁵ AGUILAR NAVARRO, Mariano. «Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». En *Revista Española de Derecho Internacional*, octubre-diciembre 1967, n.º 4, vol. 20. Recuperado de <<https://www.jstor.org/stable/44294185?refreqid=excelsior%3A45468ebbeba4d5b2d2471d2ba298aa04&seq=1>>.

³⁶ Cámara de Comercio Internacional (CCI), disponible en <<https://iccwbo.org/>>.

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales (*Law and Practice in the Codification of International Business Law*)», p. 120 y ss.

³⁸ DE ANDRADE, Rogério Emilio. «Lex Mercatoria e homogeneização jurídica». En *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, julio-diciembre 2015, n.º 2, vol. 18, p. 259.

de interpretación o de aplicación, ejecución y resolución de posibles disputas mediante mecanismos de resolución adecuada de conflictos, como son el arbitraje o la mediación, favoreciendo una aplicación constante de la misma, llevando a su consolidación y estructuración a nivel internacional,³⁹ en relación directa con las empresas y las transacciones económicas globales.⁴⁰

3.2. *Concepto de lex mercatoria*

Se podría definir la *lex mercatoria* como un derecho anacional, aunque íntimamente ligado a él en su nacimiento, desarrollo y ejecución, aplicable a los contratos en sus relaciones mercantiles transnacionales. Se trata de un conjunto de prácticas reiteradas uniformemente acatadas por los agentes del comercio internacional, que se generan de manera constante, asumida por las partes por la convicción de su carácter vinculante, que ayudan en la interpretación, integración y definición de los contratos.⁴¹ Comprende las normas que regulan el comercio internacional, algunas leyes nacionales, tratados internacionales, reglamentos o usos internacionales. También hace referencia a todas las relaciones comerciales y financieras que pueden afectar a personas que puedan tener intereses en Estados diferentes.⁴² «Estaríamos, pues, ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter preferentemente dispositivo».⁴³

Podría afirmarse que se trata de un fenómeno de la sociología del derecho, como lo definía Larenz, al decir es su misión, precisamente, la

³⁹ LÓPEZ HUGUET, María Luisa. *Op. cit.*, p. 165.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», p. 106.

⁴¹ GLITZ, Frederico. «Lex Mercatoria: ¿orden jurídico autónomo?». En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, marzo 2017, n.º 9, año 5, p. 208 y ss.; STONE SWEET, Alec. *Op. cit.*, p. 627 y ss.

⁴² *Idem*, p. 101.

⁴³ *Idem*, p. 132.

de buscar esas «fuerzas propulsoras» de las instituciones jurídicas, para que posteriormente la jurisprudencia forme la norma jurídica, producto de la percepción de esos hechos de la vida jurídica y de la generalización de esas vivencias.⁴⁴ Así, tal y como hemos analizado en su evolución, uno de sus principales propulsores son los usos y las costumbres de los comerciantes, lo que hace que dichas prácticas se vayan consolidando en el tiempo, pero no se puede tratar de algo espontáneo, sino que dicho uso debe haberse asentado a lo largo de un periodo de tiempo.⁴⁵

Por tanto, este tiempo es necesario para su consolidación, pero aquí es importante también mencionar una de sus principales ventajas, es decir, su flexibilidad, tanto en su origen como en su aplicación. Se afirma que los usos mercantiles son esencialmente flexibles, ya que una de las principales características del comercio es su gran capacidad de evolución y adaptación a los cambios de los tiempos, además de la rapidez con la que opera esta evolución, por lo que normas muy rígidas o inamovibles harían inviable este tipo de relaciones. Un ejemplo de ello puede evidenciarse en la rapidez con la que fue necesario adaptarse al comercio y a la resolución de disputas ante la COVID-19.⁴⁶

Las asociaciones o grupos de comerciantes siguen teniendo un papel protagonista en este proceso, planteando iniciativas nacionales, internacionales o de carácter sectorial para dar respuesta a los retos a los cuales van haciendo frente. Dichas agrupaciones cuentan con un sentido fuerte

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁵ NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ Por ejemplo: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. «Urgent COVID-19 message to DRS community», París, 17/03/2020. Recuperado de <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/covid-19-urgent-communication-to-drs-users-arbitrators-and-other-neutrals/>>; CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMMISSION. *Remote Video Hearing Enhanced Efficiency of the Arbitration Procedure, CIETAC Informationized Arbitration Stepped Into a Fast Development Period*. Recuperado de <<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16899&l=en>>; AUSTRALIAN CENTER FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *Managing the Impact of COVID-19: Use of Arbitration to Mitigate Risk*. Recuperado de <https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/04/Managing-the-Impact-of-COVID-19_Use-of-Arbitration-to-Mitigate-Risk.pdf>.

de cuáles son los intereses que pretenden tutelar, lo que logran a través de la elaboración de instrumentos reguladores para asegurar la agilidad de sus relaciones y un mínimo de seguridad jurídica.⁴⁷

La armonización y la concreción de estas costumbres, así como los contratos modelo, han tenido un papel fundamental en la constitución de esta nueva *lex mercatoria*, tales como los Principios Unidroit, los cuales se definen como sinónimo de *lex mercatoria* en su preámbulo, al afirmar que «estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes».⁴⁸ Se utilizarán cuando las partes no hayan establecido el derecho aplicable al fondo del conflicto, así como para complementar o interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme, el derecho nacional o servir de modelo a los legisladores nacionales e internacionales.

No se trata de un derecho paralelo a la legislación nacional, sino que constituye la normalización de diversas fuerzas y operadores del tráfico, legalmente aceptadas tanto por el legislador como por la jurisprudencia, logrando una «conciliación de la ley con la consciencia del presente».⁴⁹ Estamos frente a una regulación espontánea y autónoma, propia del ámbito contractual, con efectos y origen transnacional que busca la interpretación uniforme de reglas de comportamiento en el comercio internacional, asumidas como vinculantes para sus operadores.⁵⁰

⁴⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», p. 101.

⁴⁸ UNIDROIT. *Principios Unidrot sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>.

⁴⁹ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 139.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales (*Law and Practice in the Codification of International Business Law*)», p. 126 y ss.

En diversas definiciones sobre la «nueva» *lex mercatoria* se hace referencia a la existencia de sus propios sistemas privados para resolver los conflictos, en los que las normas a aplicar son precisamente éstas. Las partes tienen la opción de elegir entre someter sus decisiones al ordenamiento de un determinado Estado u optar por un cuerpo normativo anacional, independiente y, por ende, sin que se presuma alguna ventaja para una de las partes en la resolución o aplicación de las diversas cláusulas contractuales.⁵¹ Son principios que se han mantenido ajenos a la codificación nacional, previendo que si esto ocurría se volvería atrás, al crear diferentes adaptaciones de los principios acordados y un sinnúmero de regulaciones, una vez más, para las mismas cuestiones, como hemos visto que ha sido a lo largo de la historia y la evolución del derecho.⁵²

Se habla de esta nueva *lex mercatoria* como

[...] el conjunto de prácticas y usos comerciales acordados explícita o implícitamente por los grandes agentes económicos o los organismos internacionales influidos por ellos, con independencia de los poderes públicos, para regular no sólo sus recíprocas relaciones, sino también sus relaciones con los Estados que las acogen directamente con ausencia de controles formales y sustanciales, determinando con ellos sus políticas internas.⁵³

Como, por ejemplo, sería la interpretación de la buena fe de los contratos (artículo 1.7. Principios Unidroit), la obligación de minimizar los daños (artículo 7.4.8. Principios Unidroit) o la posibilidad de solicitar la renegociación del contrato por excesiva onerosidad sobreviviente o *hardship* (artículo 6.2.3. Principios Unidroit).

Las diferentes regulaciones internacionales, como, por ejemplo, la Convención de Ginebra (Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial

⁵¹ STONE SWEET, Alec. *Op. cit.*, p. 633.

⁵² *Idem*, p. 634.

⁵³ LÓPEZ HUGUET, María Luisa. *Op. cit.*, p. 181.

Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961),⁵⁴ en su artículo VII establece que en caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, los árbitros aplicarán la más apropiada en el caso concreto, teniendo en cuenta siempre las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. En este sentido también se encuentran los artículos 28 de la Ley Modelo, así como el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,⁵⁵ en su artículo 9 establece que:

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Otros instrumentos reflejo de la *lex mercatoria* son los INCOTERMS (International Commercial Terms),⁵⁶ los contratos tipo de la International Air Transport Association (IATA),⁵⁷ los contratos tipo y las condiciones generales de la International Federation of Consulting Engineers (FIDIC),⁵⁸ entre otros.⁵⁹

Por tanto, se puede afirmar que el contenido normativo de la *lex mercatoria* comprende: prácticas comerciales, jurisprudencia, cláusulas

⁵⁴ Convención de Ginebra disponible en <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1975-20601>.

⁵⁵ Ver <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>.

⁵⁶ Ver <<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>>

⁵⁷ Ver <<https://www.iata.org/en/publications/standards-manuals/>>

⁵⁸ Ver <<https://fidic.org/>>

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales (*Law and Practice in the Codification of International Business Law*)», p. 126 y ss.

modelo, guías profesionales, códigos de conducta, tratados internacionales y principios generales del derecho. Según Gliz, se trataría de «una alternativa a los problemas prácticos producto de la aplicación de la norma conflictual, proveyendo jurisdicción más adecuada a las necesidades del comercio».⁶⁰ Y en el mismo sentido, Alexis Mourre afirma que

[...] la multiplicación de directrices, reglas y códigos puede verse como una medida de cuanto el mercado de arbitraje se ha vuelto autónomo de los Estados y, desde esa perspectiva, la *soft law* se puede ver como una medida de la creciente madurez del mercado y de su capacidad para autorregularse.⁶¹

3.3. *Ventajas y desventajas de la lex mercatoria*

Dentro de las ventajas de la *lex mercatoria* se pueden mencionar su previsibilidad y flexibilidad, en la medida en que se ha asentado en una determinada posición nacida de una práctica reiterada, asumida y analizada por la doctrina, así como por la posibilidad de ser actualizada con base en las necesidades actuales.⁶²

Si un conflicto debe someterse a un juez para que decida las normas aplicables o sea resuelto mediante el derecho internacional privado, el conflicto puede tener un resultado mucho tiempo después del que sería idóneo para que la disputa no escale o que permita que el contrato pueda seguir produciendo sus efectos en el tiempo esperado;⁶³ algo que es el objetivo natural del comercio: seguir produciendo o distribuyendo bienes y servicios en el mercado, sin verse paralizado a la espera de una resolución judicial.

⁶⁰ GLITZ, Federico. *Op. cit.*, p. 204.

⁶¹ MOURRE, Alexis. *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional. X Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. Madrid: CEU Ediciones, 2018, p. 10.

⁶² GLITZ, Federico. *Op. cit.*, p. 205.

⁶³ STONE SWEET, Alec. *Op. cit.*, p. 632.

Dentro de las posibles desventajas que se alegan están la falta de uniformidad, ya que éstas pueden variar dependiendo del sector y de la región en donde deban aplicarse; el contar con una legitimidad limitada, ya que no han sido promulgadas por ningún órgano estatal con dicha función y, por tanto, no ser vinculantes o carecer de fuerza ejecutiva por sí mismas.⁶⁴ También se suele alegar una cierta imprecisión, generalidad o falta de fuentes diversas, al ser emitidas por ciertas instituciones que en algunos casos se alega que buscan su propio negocio.⁶⁵ Por último, también se ha dicho que carecen de rigor científico y autonomía.⁶⁶

Estas críticas hay que tenerlas en cuenta y sirven para mantener el rumbo en esta ansia innata en el nacimiento y devenir histórico y actual de la *lex mercatoria*. Si bien es cierto que no todas las normas jurídicas tienen el mismo rango,⁶⁷ pueden coexistir con las normas de orden público e imperativas estas «otras» normas más flexibles, y a veces también más actuales, las cuales sistematizan usos y costumbres de un sector determinado, permitiendo soluciones más acordes a unas necesidades y circunstancias específicas y concretas. Así, tanto la *lex mercatoria* como *soft law* no pueden fundamentarse en normas nacionales determinadas, además que existe la necesidad de mantener muchos de estos otros métodos de resolución de conflictos flexibles y adaptables a las necesidades de las partes para el asunto concreto, siendo de esta forma un instrumento de gran valor.⁶⁸

Por último, es importante recordar, como se ha venido exponiendo, que nunca se va a ser totalmente autosuficiente o plenamente indepen-

⁶⁴ *Idem*, p. 634.

⁶⁵ CUNIBERTI, Gilles. «Three Theories of Lex Mercatoria». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, n.º 2, vol. 52, pp. 369-434.

⁶⁶ GLITZ, Frederico. *Op. cit.*, p. 205.

⁶⁷ NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *Op. cit.*, p. 198.

⁶⁸ MOURRE, Alexis. *Op. cit.*, p. 12.

diente de los derechos nacionales o estatales, ya que siempre se va a depender del Estado al requerirse el *imperium*⁶⁹ cuando es necesaria la ejecución de determinadas medidas que un sistema privado no puede llevar a cabo por sus propios medios.⁷⁰

3.4. Límite a la aplicación de la lex mercatoria: el orden público transnacional

El Convenio de Nueva York de 1958⁷¹ en su artículo II.1. en su parte final señala la limitación con la que cuentan las partes para acudir al arbitraje; es decir, podrán someter a arbitraje aquellos asuntos «que puedan ser resueltos por arbitraje».

El artículo 3.3.1. de los Principios Unidroit, por su parte, regula los contratos que violan normas de carácter imperativo, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, determinando que tendrá los efectos que dicha norma establezca, procediendo a la restitución, si es lo que corresponde, atendiendo a las circunstancias determinadas (artículo 3.3.2. Principios Unidroit).

Por su parte, la normativa europea se ha encargado de delimitar estos límites. En sus Reglamentos de Roma I y Roma II ha definido lo que se conoce como «leyes de policía», así como el orden público del foro.

⁶⁹ Entendido como «potestad de hacer cumplir lo resuelto». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Imperium». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <<https://dpej.rae.es/lema/imperium>>.

⁷⁰ CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995, p.178.

⁷¹ Es interesante visitar asiduamente la página del Convenio de Nueva York, ya que contiene gran cantidad de material actualizado sobre el tema. Disponible en <<https://newyorkconvention1958.org/>>.

El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) se ha ocupado en definir las leyes de policía en su artículo 9 como aquéllas «cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato». También afirma dicho artículo que las disposiciones del Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro y que se podrá dar efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes hagan la ejecución del contrato ilegal, estableciendo como elementos para decidir sobre sus efectos la naturaleza, el objeto y las consecuencias que se deriven de su aplicación o inaplicación.

Vemos así un ejemplo claro de cómo las partes tienen la libertad de pactar las normas que quieran para la ejecución e interpretación de su contrato, así como para la resolución de sus posibles conflictos, pero siempre con un límite: las normas de orden público. Esto es lo que siempre me ha gustado visualizar como un marco de fútbol, el marco jurídico de Hans Kelsen,⁷² este mismo marco que nos delimita nuestra autonomía de la voluntad. Los agentes jurídicos, seamos parte de un conflicto o los encargados de resolverlo, tenemos que movernos dentro de esos límites: dentro de ese espacio podemos aplicar las normas escogidas como mejor nos convenga, podemos incluso ser creativos, pero sin sobrepasar esos tres palos que constituyen el orden público, el derecho imperativo y la ética (o buena fe, como se quiera ver).

⁷² «La técnica específica del derecho que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin, sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener». Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tercera edición. Buenos Aires: Eudeba, 2020, p. 58.

Continuando con el análisis de la normativa europea, conforme al artículo 21 del Reglamento de Roma I, «sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Y en el mismo sentido, el artículo 2:103 sobre normas imperativas de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece que

(1) Cuando el derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del derecho imperativo nacional. (2) No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

Por su parte, el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), establece en dos secciones los límites a la elección de las normas para resolver el conflicto. En su artículo 16, sobre leyes de policía, regula que sus disposiciones no afectarán la aplicación de las normas de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual. Y, el artículo 26, sobre el orden público del foro, dice que sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

En este punto en concreto deberá estarse atento a la normativa del foro, es decir, en el caso del arbitraje, a la *lex arbitri*, ya que como hemos ido analizando, la indisponibilidad de la materia y en su caso inarbitrabilidad radica en las normas de orden público que han determinado o excluido determinadas materias del arbitraje por parte de un Estado o grupo de Estados, ya que han considerado que dicha materia requiere de

una tutela especial.⁷³ Un ejemplo de esto, en cuanto a los criterios empleados para determinar si una materia es o no disponible, sería la flexibilidad con la que el Estado peruano se presta a la arbitrabilidad, afirmado en su misma Ley, artículo 2.1, que mediante disposición legal se puede ampliar la materia disponible y, por tanto, posible de ser sometida a arbitraje.⁷⁴

Así, también, debemos tener presente que los árbitros o quienes estén encargados de resolver una disputa, en este caso, conforme a la *lex mercatoria*, aun cuando estén decidiendo con base en criterios de equidad, según su leal saber y entender, deberán respetar las normas de orden público, al igual que lo haría un juez, ya que éstos últimos, ejercerán su función de control de dichas decisiones o laudos a través de la solicitud de ejecución o las respectivas acciones de anulación o las ejecuciones de los laudos extranjeros, según corresponda.⁷⁵

⁷³ En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero 2021, Sala Primera, en cuanto afirma que: «En este orden de ideas, ya hemos dicho que «por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio; y 541/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente» (STC 46/2020, de 15 de junio, f. j. 4).

⁷⁴ Artículo 2.1 del Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (vigente desde el 1 de septiembre del 2008) que dice: «1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

⁷⁵ Aunque conforme a la ley y sin consistir en una segunda instancia, ya que «la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje». Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2021, Sala Primera, ponente: María Luisa Balaguer Callejón.

4. LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* EN LA RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS Y ESPECÍFICAMENTE EN EL ARBITRAJE

Para el funcionamiento del arbitraje se requiere de la credibilidad de los usuarios del sistema y para su supervivencia requiere además de un «nivel adecuado de regulación».⁷⁶ Este nivel adecuado también se ve reflejado en la forma de resolver esas disputas y en la posibilidad que tienen las partes de realizar dicha elección.

Actualmente, la práctica nos demuestra que la gran mayoría⁷⁷ de los contratos comerciales internacionales incluyen una cláusula arbitral como mecanismo de resolución de disputas.⁷⁸ En dichas cláusulas se recurre al arbitraje de derecho y, por tanto, los árbitros deberán aplicar las leyes nacionales o internacionales que las partes hayan escogido; o al arbitraje de equidad, en los que una de sus posibilidades es que los árbitros puedan aplicar esta *lex mercatoria* en la resolución de la disputa.

Las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, cuando acuden al arbitraje pueden decidir que sea la *lex mercatoria* la que se aplique en la resolución de sus disputas, mediante una mención explícita a ella, tal y como lo prevén, por ejemplo, los Principios Unidroit,⁷⁹ o haciendo una

⁷⁶ MOURRE, Alexis. *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ Se habla incluso del 90 % de los contratos internacionales. En este sentido: GUCER, Sulun. «*Lex Mercatoria* in International Arbitration». En *Ankara Bar Review*, enero 2009, n.º 1, vol. 2, p. 36.

⁷⁸ En este sentido también los últimos datos aportados por la CCI en su página web afirmando que «The world's preferred arbitral institute, the ICC International Court of Arbitration recorded a total of 946 new arbitration cases in 2020 - the highest number of cases registered since 2016, when a complex cluster of small disputes effectuated a marked increase in the statistics». INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. «ICC announces record 2020 caseloads in Arbitration and ADR». En *News & Speeches*. Recuperado de <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-record-2020-caseloads-in-arbitration-and-adr/>>.

⁷⁹ En su Preámbulo dice: «Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido

referencia implícita, mencionando a los principios generales del derecho, las normas del comercio internacional, la posibilidad de resolver con base en criterios de equidad, entre otros. Esto implicará, como hemos visto, que sean los mismos árbitros quienes deban realizar el ejercicio de determinar cuáles serán esas normas y procedimientos que regirán el procedimiento, con las consiguientes dificultades que esto también podría acarrear.⁸⁰

Como se puede observar, la facultad de los árbitros de decidir como amigables componedores o con base en criterios de equidad supone, en cierta medida, un permiso sobreentendido de las partes a éstos a recurrir a la *lex mercatoria*, analizando los principios generales del derecho, los usos comerciales y las prácticas consolidadas en un determinado momento y sector de la economía y del comercio, encontrando en éstos el sustento y el apoyo para su decisión.⁸¹

En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron «siempre» normas, sobre cuya autoridad inmemorial no deba existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a «equidad», que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra desvinculado del ordenamiento político internacional.⁸²

Existen varios métodos para determinar la ley aplicable a falta de determinación por las partes. En primer lugar, está el método directo,

el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales».

⁸⁰ GUCER, Sulun. *Op. cit.*, p. 36 y ss.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», p. 111.

en el que será el árbitro quien decida el derecho sustantivo que se aplicará en la resolución del conflicto. Por otro lado, tenemos el método indirecto, en el que el árbitro debe fundamentar su elección en las normas de conflicto que estime apropiadas para el caso en cuestión. En ambos casos se puede recurrir a la *lex mercatoria*; en el primero, al no estar obligados a determinar la ley de un país concreto como aplicable al fondo de la controversia. Y, en el segundo, cuando «puede resultar apropiado valorar que la aplicación de esas reglas no conduce a un resultado que pueda resultar incompatible con el ordenamiento designado por las reglas de conflicto relevantes».⁸³

Las partes cuando acuden a la *lex mercatoria* como cuerpo normativo para resolver sus disputas no están huyendo de la Ley, sino que están optando por otra normativa neutral e independiente para resolver esas mismas disputas de la forma que ellos consideran que mejor se adapta a la realidad del contrato al que han llegado las partes,⁸⁴ o que obedece a una necesidad de «uniformidad en materia contractual que atenúa las diferencias entre los sistemas del *civil law* y del *common law*».⁸⁵ También podrán acudir a ella para eliminar o sortear las dificultades que se puedan encontrar en la interpretación, ejecución o resolución de disputas a raíz de un determinado contrato internacional.⁸⁶

La Convención de Ginebra en su artículo VII permite a las partes de forma expresa determinar la ley que los árbitros deberán aplicar al fondo de la controversia, recalcando la obligación de los árbitros de tener siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles, dentro de los que se encuentra, evidentemente, la *lex mercatoria*. El artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI también se refiere a la facultad de

⁸³ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto. «Los reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Arbitraje*, 2017, n.º 3, vol. X, p. 705.

⁸⁴ STONE SWEET, Alec. *Op. cit.*, p. 634.

⁸⁵ LÓPEZ HUGUET, María Luisa. *Op. cit.*, p. 163.

⁸⁶ FRISCHKORN, Michael. «Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility». En *European Journal of Law Reform*, 2005, n.º 3/4, vol. 7, p. 334 y ss.

las partes para decidir sobre las normas que han de aplicarse para resolver el fondo de su conflicto. Por lo que «se atribuye a los tribunales arbitrales una amplia discrecionalidad en lo relativo a la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia a falta de elección por las partes».⁸⁷ Y, en el mismo sentido, se encuentra el artículo 42.1 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington - Ciadi/ ICSID).⁸⁸

Para la determinación de la ley aplicable al fondo de una controversia en el arbitraje comercial internacional se ha de acudir a los respectivos convenios y a las respectivas normas de conflicto en función de la sede del arbitraje. La sede en este contexto será de extrema relevancia, ya que determinará el juez de apoyo para el arbitraje, la nacionalidad del laudo y el lugar en donde se deberá instar la acción de anulación en su caso.

Por ejemplo, para resolver esta cuestión si la sede del arbitraje es un país miembro de la Unión Europea, se deberá atender lo que determina el Convenio de Ginebra en su artículo VII, al decir que deberá estarse a lo que establezcan las partes y a falta de elección de éstas se deberá recurrir a las normas de conflicto que los árbitros estimen apropiado para el caso concreto.⁸⁹ También, gracias al artículo 28 de la Ley Modelo de

⁸⁷ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto. *Op. cit.*, p. 667.

⁸⁸ «Artículo 42(1). El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono». CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Convenio Ciadi 1965*. Recuperado de <

⁸⁹ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto. *Op. cit.*, p. 664.

la CNUDMI, en el que se regulan las normas aplicables al fondo del litigio, la mayoría de los países que han incorporado dichas recomendaciones cuentan con una regulación similar, aunque también han ido evolucionando para adecuarse a las necesidades propias del arbitraje en contraposición con la jurisdicción ordinaria, refiriéndose a normas jurídicas en sentido amplio y flexible en contraposición con el imperativo legal o de derecho aplicable, confiriendo a los árbitros una amplia discrecionalidad en la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia en caso de que las partes no lo hayan hecho.⁹⁰

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA DÓNDE VA LA *LEX MERCATORIA*?

Si bien la *lex mercatoria* no tiene por qué constituir un cuerpo regulado de normas, su codificación como regla de *soft law* permite una mayor previsibilidad y consistencia en un sistema de justicia global, independiente de idiosincrasias locales, creando ese marco común, aceptable y respetado por todos sus actores.⁹¹ Este fenómeno de la globalización del derecho se ha visto apresurado e incrementado a raíz de la pandemia que hemos estado sufriendo.

La *lex mercatoria* desde su origen se ha fundamentado en la compilación de prácticas existentes, coexistiendo con una constante innovación, salvaguardando la flexibilidad y la falta de una total o exhaustiva regulación, lo que le permite seguir siendo un referente de progreso y evolución. Ésta, como *soft law*, no tiene valor normativo ni obligatorio, sino que constituye una herramienta de gran valor para quienes deban interpretar un determinado asunto conflictivo, que en ejercicio de su libertad podrán utilizar para aclarar determinados usos o costumbres en esa cuestión concreta.⁹²

⁹⁰ *Idem*, p. 665 y ss.

⁹¹ MOURRE, Alexis. *Op. cit.*, p. 12.

⁹² *Idem*, p. 20.

Estas normas, si bien no son obligatorias, han adquirido un consenso general entre los diversos actores, ya que actualmente, gracias a los medios de transporte y comunicación, las empresas pueden escoger el mercado o país que más les convenga para establecerse, beneficiándose así desde el punto de vista legal o fiscal, sin que primen criterios soberanistas, pudiendo constituirse, por ejemplo, grupos de sociedades con diversas filiales dependiendo de su objeto⁹³ o «entidades sin fronteras que responden esencialmente al método de la “deslocalización” desbordando el marco tradicional de las economías nacionales».⁹⁴

Pero el Estado aún sigue teniendo un papel fundamental al servir como contrapeso de esta nueva autorregulación, vigilando que los principios y derechos esenciales se cumplan e interviniendo en cuanto sea necesario, ya sea para auxiliar con su poder de *imperium* o para hacer valer unos mínimos exigibles para la sana convivencia.⁹⁵ Así, ya Montesquieu en *El espíritu de las leyes* afirmaba (aunque referido a los derechos políticos, pero la analogía sirve para nuestro fin), que

[...] la ley común de todos los gobiernos o al menos de los gobiernos moderados y por consiguiente justos, es la libertad política de que debe gozar cada ciudadano. Esta libertad no es la licencia absurda de hacer cada uno lo que quiere, sino la facultad de hacer todo lo que permiten las leyes. Puede considerarse o con relación a la Constitución, o con relación al ciudadano.⁹⁶

Por tanto, la *lex mercatoria* seguirá siendo un instrumento muy útil para los empresarios que quieren huir de riesgos innecesarios, ya sea por desconocimiento de circunstancias geopolíticas concretas o más bien por su conocimiento, buscando un terreno neutro y comúnmente aceptado entre las partes que les garantice el correcto desenvolvimiento de

⁹³ DE ANDRADE, Rogério Emilio. *Op. cit.*, p. 264.

⁹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», pp. 83-137.

⁹⁵ *Idem*, p. 103.

⁹⁶ DE MONTESQUIEU, Charles Louis. *El espíritu de las leyes*. Traducción de Juan López de Peñalver. Madrid: Imprenta de Villalpando, 1820, p. 77.

su relación jurídica y la obtención de los efectos o beneficios esperados.⁹⁷ También ésta permite lograr una tutela que el legislador no ha sabido o no ha podido o querido otorgar, como sería el caso del uso de las nuevas tecnologías que evolucionan a un ritmo mucho mayor que la legislación.⁹⁸

También debemos dejar constancia de la especialización que está teniendo esta nueva *lex mercatoria*, llegando incluso a afirmarse que estamos frente a «lex informática, lex petrolea, y lex constructionis, todas, expresiones con las que se asimilan reglas propias de cada actividad, y sobre las cuales se ha producido un desarrollo que hace necesario consideraciones para cada materia»,⁹⁹ con un amplio desarrollo técnico en laudos y jurisprudencia, que pretenden dar una solución en áreas particularmente sensibles del comercio internacional, con toda una serie de particularidades de un específico sector de la economía.¹⁰⁰

En este sentido también existe una *lex mercatoria* climática, haciendo referencia a regulaciones contractuales que las partes han aceptado y ayudan a luchar contra el cambio climático;¹⁰¹ o una *lex mercatoria* energética, que regula todo lo concerniente a este sector en materia de energías renovables, por ejemplo, y todo esto se podría encuadrar también en esa obligación de respetar los usos o prácticas que las partes hayan convenido o sean ampliamente conocidas (artículo 1.9. de los Principios Uncitral).

Pero hay que ser prudente y analizar las ventajas y las desventajas que esta regulación puede aportar a un determinado contrato, o para la

⁹⁷ DE ANDRADE, Rogério Emilio. *Op. cit.*, p. 271.

⁹⁸ FABIAN, Ewa. «Blockchain, Digital Music and *Lex Mercatoria*». En *US-China Law Review*, diciembre del 2017, n.º 12, vol. 14, p. 861 y ss.

⁹⁹ LEGUIZAMO, Camilo Armando Franco. «De la Lex Mercatoria a la Lex Constructionis». En *Revista E-Mercatoria*, 2007, n.º 1, vol. 6, p. 12.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 12 y ss.

¹⁰¹ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. «Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique». En *Revista de Direito Internacional*, 2017, n.º 3, vol.14, p. 31 y ss.

resolución de un conflicto actual o futuro que pretende dirimirse a través de ellas. Si así es el caso, lo mejor será incluirlas de forma clara, ya que en caso de dejar esta elección sin definir puede acarrear nuevos conflictos en la determinación de las normas aplicables y, posteriormente, también en posibles anulaciones de los laudos emitidos.¹⁰²

A través de este estudio vemos cómo esta nueva *lex mercatoria* vuelve a sus orígenes, al nacimiento del derecho mercantil, a la necesidad de uniformidad que le dio vida, con una aspiración reivindicatoria de ser capaz de autorregularse, con límites, pero dejando que sean sus propias reglas las que también se puedan aplicar para resolver sus disputas, y que no se impongan soluciones atemporales o inefectivas en caso de ser necesario. En esta línea se seguirá avanzando, eso sí, con la conciencia clara de que tampoco vale para todo, y para cuando sí se deba aplicar, será necesario que se exprese de forma detallada y motivada su elección por las partes o su aplicación por quien tenga ese deber.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR NAVARRO, Mariano. «Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». En *Revista Española de Derecho Internacional*, octubre-diciembre 1967, n.º 4, vol. 20. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/44294185?refreqid=excelsior%3A45468ebbeba4d5b2d2471d2ba298aa04&seq=1>.

ALONSO PUIG, José María. «Retos del Arbitraje en España». En *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 1, enero-marzo 2020.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

¹⁰² TURLEY, Ian F. «*Lex Mercatoria: Quo Vadis*». En *Journal of South African Law*, 1999, n.º 3, vol. 1999, p. 454 y ss.

AUSTRALIAN CENTER FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *Managing the Impact of COVID-19: Use of Arbitration to Mitigate Risk*. Recuperado de
<https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/04/Managing-the-Impact-of-COVID-19_Use-of-Arbitration-to-Mitigate-Risk.pdf>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Convenio Ciadi 1965*. Recuperado de
<[https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama#:~:text=El%20Convenio%20del%20CIADI%20es,de%20los%20primeros%2020%20Estados.&text=establece%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20del%20CIADI,la%20conciliaci%C3%B3n%20\(Cap%C3%ADtulo%20III\)%3B](https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama#:~:text=El%20Convenio%20del%20CIADI%20es,de%20los%20primeros%2020%20Estados.&text=establece%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20del%20CIADI,la%20conciliaci%C3%B3n%20(Cap%C3%ADtulo%20III)%3B)>.

CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMMISSION. *Remote Video Hearing Enhanced Efficiency of the Arbitration Procedure, CIETAC Informationized Arbitration Stepped Into a Fast Development Period*. Recuperado de
<<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16899&language=en>>.

COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (director). *Enciclopedia de arbitraje (Primera parte)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT. *Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response*, 6 de mayo del 2020. Recuperado de
<<https://ccsi.columbia.edu/content/call-isds-moratorium-during-covid-19-crisis-and-response>>.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo*. Bruselas: 2001, p. 9. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0398&from=ES>.

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, traducción de LANDO, Beale, eds. *Principles of European Contract Law*. La Haya: Kluwer Law International, 2000. Recuperado de <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

CUNIBERTI, Gilles. «Three Theories of Lex Mercatoria». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, n.º 2, vol. 52, pp. 369-434.

DE ANDRADE, Rogério Emilio. «Lex Mercatoria e homogeneização jurídica». En *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, julio-diciembre 2015, n.º 2, vol. 18, pp. 259-279.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*». En *Anuario de Derecho Civil*, 1979, n.º 4, p. 625 y ss. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-40061900726.

DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto. «Los reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial internacional». En *Revista Arbitraje*, 2017, n.º 3, vol. x, pp. 657-738.

DE MONTESQUIEU, Charles Louis. *El espíritu de las leyes*. Traducción de Juan López de Peñalver. Madrid: Imprenta de Villalpando, 1820.

FABIAN, Ewa. «Blockchain, Digital Music and *Lex Mercatoria*». En: *US-China Law Review*, diciembre del 2017, n.º 12, vol. 14.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales (*Law and Practice in the Codification of International Business Law*)». En *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001. Recuperado de <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/6581/>>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales». En GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (director). *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior. Madrid: Iustel, 2009, pp. 83-137. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/9312/1/AUTORREGULACION_Y_UNIFICACION_DEL_DERECHEO_DE_LOS_NEGOCIOS_%E2%80%A6.pdf>.

FRISCHKORN, Michael. «Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility». En *European Journal of Law Reform*, 2005, n.º 3/4, vol. 7.

GLITZ, Frederico. «Lex Mercatoria: ¿orden jurídico autónomo?». En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, marzo 2017, n.º 9, año 5, pp. 196-223.

GUCER, Sulun. «*Lex Mercatoria* in International Arbitration». En *Ankara Bar Review*, enero 2009, n.º 1, vol. 2, pp. 30-39.

HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. «Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique». En *Revista de Direito Internacional*, 2017, n.º 3, vol.14, pp. 31-43.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. «ICC announces record 2020 caseloads in Arbitration and ADR». En *News & Speeches*. Recuperado de <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-record-2020-caseloads-in-arbitration-and-adr/>>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. «Urgent COVID-19 message to DRS community», Paris, 17/03/2020. Recuperado de <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/covid-19-urgent-communication-to-drs-users-arbitrators-and-other-neutrals/>>.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tercera edición. Buenos Aires: Eudeba, 2020.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Ariel Derecho, 2001.

LEGUIZAMO, Camilo Armando Franco. «De la Lex Mercatoria a la Lex Constructionis». En *Revista E-Mercatoria*, 2007, n.º 1, vol. 6.

LÓPEZ HUGUET, María Luisa. *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*. Barcelona: Atelier, 2021.

MOTILLA MARTÍNEZ, Jesús. *Las ordenanzas del Consulado de Bilbao. Interesante fuente histórica del Derecho mercantil (versión paleográfica y notas sobre fragmentos de texto)*. Recuperado de <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/download/10978/10040>>.

MOURRE, Alexis. *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional. X Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. Madrid: CEU Ediciones, 2018.

NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *El derecho, ciencia y realidad*. Madrid: Universitas, 1993.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «El derecho mercantil. Origen y evolución histórica». En *Derecho Mercantil*, Vol.1, Madrid, 2013.

PETT CALVO, Carlos. «Arreglo de consulados y revolución burguesa en los orígenes del moderno derecho mercantil español»: En *Historia. Instituciones. Documentos*, 1984, n.º 11, p. 255 y ss. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58160.pdf>>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diferencia». En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <<https://dle.rae.es/diferencia?m=form>>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «*Imperium*». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <<https://dpej.rae.es/lema/imperium>>.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. «Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos». En *Revista Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, n.º 3, vol. X, pp. 799-847.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M^a Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2010.

STONE SWEET, Alec. «The new *Lex Mercatoria* and transnational governance». En *Journal of European Public Policy*, agosto 2006, n.º 5, vol. 13, p. 629. Recuperado de <<https://doi.org/10.1080/13501760600808311>>.

UNIDROIT. *Principios Unidrot sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>.

TURLEY, Ian F. «*Lex Mercatoria: Quo Vadis*». En *Journal of South African Law*, 1999, n.º 3, vol. 1999.

EL ORDENAMIENTO APLICABLE AL FONDO DE LA DIFERENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

*Hugo Cardona**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Relevancia y complejidad en torno al ordenamiento aplicable en el arbitraje de inversión.— 3. Métodos de elección del ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia.— 3.1. Elección del ordenamiento aplicable por las partes.— 3.1.1. Elección del ordenamiento aplicable en el derecho interno o en los contratos de inversión.— 3.1.2. Elección del ordenamiento aplicable en los tratados de inversiones.— 3.2. Elección implícita del ordenamiento aplicable.— 4. Determinación del ordenamiento aplicable en ausencia total de elección.— 4.1. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral.— 4.2. El artículo 42 del Convenio del Ciadi.— 5. Reclamaciones bajo contrato vs. reclamaciones bajo tratado.— 6. El rol del derecho interno en el arbitraje de inversión.— 7. El rol del derecho internacional y sus fuentes en el arbitraje de inversión.— 7.1. Los estándares de protección como ordenamiento aplicable.— 8. Conclusiones.— 9. Referencias bibliográficas.

* MCIArb. Máster en Derecho de los Negocios Internacionales, U. Complutense de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

Ante la constante evolución del régimen jurídico de las inversiones internacionales, y del arbitraje inversor-Estado como corolario, el presente capítulo tiene el propósito de aportar una visión general de las cuestiones que deben considerarse al analizar el derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje de inversión y procurar delimitar los principios relativos a la *lex causae*,¹ destacando la sustancia frente al procedimiento.

A través de la exposición del diálogo entre ordenamientos en las disputas relativas a inversiones y sus posibles respuestas se procura ofrecer un panorama de su especial naturaleza jurídica y de la importancia del abordaje adecuado del derecho material, no solamente como base de las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional, sino como elemento de coherencia y previsibilidad. Al hacerlo no se pretende en absoluto agotar el tema, puesto que notables investigaciones se han encargado de analizar, desde diferentes posiciones ante el derecho, los problemas de la ley sustantiva aplicable.²

Los elementos que a continuación se exponen recogen, en primer lugar, las reglas relevantes de determinación de la ley aplicable al fondo

¹ MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework». En VAN DEN BERG, Albert (editor). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*, Series n.º 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 95-108. Traducción al español del autor: («LEX CAUSAE [.] La cuestión del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversión es un asunto de ley aplicable a dos niveles: (a) la identificación, como un tema de elección de ley, del sistema o sistemas jurídicos aplicables a las cuestiones que se plantean ante el tribunal; y (b) la determinación, dentro de cualquier sistema designado como aplicable, de las reglas necesarias para decidir la cuestión»). Sobre la *lex causae* y la *lex arbitri* ver la nota 15 *infra*.

² Para un panorama amplio ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Aranzadi, 2010; ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Segunda edición. Londres: Wolters Kluwer, 2017; LINARES CANTILLO, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

en el arbitraje inversor-Estado, ante la elección por las partes y en ausencia de ella. En segundo lugar, se distinguen las reclamaciones arbitrales bajo tratados y bajo contratos, así como los elementos que deben ser valorados por el derecho interno y los que corresponden ser tratados por el derecho internacional. Finalmente, se extraen conclusiones sobre el análisis de los aspectos sustanciales que esboza el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión.

2. RELEVANCIA Y COMPLEJIDAD EN TORNO AL ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio entre un inversor extranjero y un Estado receptor de capital, que se debate en el marco de un procedimiento de arbitraje internacional es, ciertamente, uno de los aspectos de mayor complejidad y controversia del derecho internacional de inversiones.

Todo tribunal arbitral que asume la responsabilidad de dirimir un conflicto relativo a inversiones extranjeras debe afrontar esta cuestión central que, en principio, no está sujeta a reglas absolutas más que al estricto respeto a la autonomía de la voluntad,³ expresada a través de un tratado,⁴ un contrato de inversión⁵ o una norma legal interna del Estado receptor.⁶

No obstante, con frecuencia, la manifestación de voluntad sobre el derecho sustantivo carece de suficiente claridad en cuanto a fondo y forma, no establece un orden de jerarquía entre las normas elegidas o,

³ BANIFATEMI, Yas. «The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, chapter 9, p. 192.

⁴ Ver: PAULSSON, Jan. «Arbitration without Privity». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 10, pp. 232-257.

⁵ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration». En *Arbitration International*, 2008, n.º 3, vol. 24, pp. 351-374.

⁶ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 254.

finalmente, es inexistente, dando lugar a enconados debates de inicio en sede arbitral debido a su relevancia para el resultado de la causa.⁷ En este punto se presenta el primer problema de la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión y es el relativo a la determinación del ordenamiento que va a utilizarse⁸ para abordar el contenido de las normas aplicables.⁹

Por otra parte, el consentimiento sobre el derecho material aplicable a los posibles impases futuros de la relación económica inversor-Estado normalmente incluye una combinación de normas de origen interno e internacional, como método de equilibrio del vínculo jurídico y como reflejo de la naturaleza de las partes. Mientras que el Estado receptor suele abogar por la aplicación de su derecho nacional, el inversor extranjero suele ampararse en el derecho internacional.¹⁰

En efecto, la propia configuración del actual sistema de protección de inversiones que, en esencia, juzga la conducta del Estado para determinar su apego a derecho o su posible responsabilidad¹¹ es fruto de una histórica tensión de fuerzas entre la aplicación del ordenamiento doméstico,¹² como reafirmación de soberanía, y el ordenamiento internacional y sus respectivas fuentes,¹³ como garantía del estándar mínimo de trato

⁷ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 192. Señala Banifatemi que en el arbitraje de inversión, al igual que en el arbitraje comercial internacional, la elección del ordenamiento aplicable es un proceso esencial ya que el resultado de la disputa puede depender, en gran medida, de las normas que se determinen como aplicables.

⁸ La elección del derecho aplicable o *choice of law* es una técnica perteneciente al tríptico de cuestiones jurídicas del derecho internacional privado (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones) que es útil en el campo del arbitraje internacional de inversiones.

⁹ Ver: LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

¹¹ Ver: McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2017, p. 415, 9.07.

¹² En este capítulo, los términos derecho interno, derecho doméstico, derecho local, derecho municipal, o derecho estatal son utilizados como sinónimos. Del mismo modo, los términos, ley de fondo, ordenamiento material, derecho sustantivo, derecho material o derecho de fondo.

¹³ Sobre el contenido de las fuentes del derecho internacional se analiza el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ver apartado 7.

a la inversión extranjera.¹⁴ En este sentido, la *lex causae* aplicable¹⁵ mantiene un carácter híbrido¹⁶ que reaviva el debate sobre la relación de jerarquía, igualdad o especialidad entre el derecho interno y el derecho internacional.

Este diálogo entre ordenamientos se manifiesta de forma particular en el arbitraje de inversiones, cuya decisión dimanante podrá verse afectada por distintos cuerpos normativos.¹⁷ Por ello, al momento de abordar el derecho sustantivo corresponde realizar una evaluación de: i) el instrumento invocado; ii) los elementos jurídicos en debate; y, iii) sus respectivas fuentes, para determinar la aplicabilidad de las normas de fondo a la controversia específica.¹⁸

Del mismo modo, resulta oportuno analizar las cuestiones que son reguladas por el ordenamiento interno y las que corresponden ser tratadas por el derecho internacional, para extraer conclusiones acerca del modo en el que los sistemas deben conjugar de forma coherente y consistente en la contienda y frente a la decisión arbitral. En este punto se manifiesta el segundo problema de la *lex causae* aplicable en el arbitraje de inversiones, y está relacionado con el proceso de aplicación de las normas de fondo.¹⁹

¹⁴ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

¹⁵ Sobre este punto, conviene hacer la siguiente diferenciación inicial sobre las normas aplicables en una controversia arbitral relativa a inversiones: i) el derecho aplicable al procedimiento arbitral o *lex arbitri*, encargado de regular los aspectos procesales del arbitraje y cuestiones como la validez, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral; ii) el derecho aplicable a aspectos jurisdiccionales o normas para determinar el alcance del convenio arbitral; iii) el derecho aplicable al fondo de la diferencia o *lex causae* que atañe al contenido de los derechos y obligaciones en disputa, cuestión que es objeto del presente análisis.

¹⁶ Ver: DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration». En *British Yearbook of International Law*, 2003, n.º 1, vol. 74, p. 195.

¹⁷ Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁸ CRAWFORD, James. *Op. cit.*, pp. 351-374. Con relación a un contrato o a un tratado, *infra* nota 27.

¹⁹ LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 53.

Esto ha motivado a autores como Zachary Douglas a plantear una serie de reglas sobre ley aplicable²⁰ a las diferentes cuestiones que se presentan en el arbitraje entre inversores y Estados.²¹ Para ingresar en contexto, se hace referencia a un típico ejemplo de relación jurídica en materia de inversiones: el inversor es generalmente una persona jurídica constituida bajo un ordenamiento estatal, mientras que su inversión contempla un conjunto de derechos adquiridos y reconocidos conforme al derecho interno de otro Estado. La inversión, para ser objeto de protección jurídica internacional, debe recaer dentro de la definición de inversión establecida en el tratado aplicable. Los actos del Estado receptor podrían generar su responsabilidad (regulada en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional),²² en caso de vulneración de los estándares contemplados en el tratado de inversión, conforme al derecho internacional, sus fuentes y reglas de interpretación. Si el tribunal arbitral goza de jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales entre el inversor y una entidad estatal (en caso mediar contrato entre ambos), sus derechos se determinan por el ordenamiento que rige el contrato.

En síntesis, el régimen sustantivo aplicable en el arbitraje de inversión evocaría un conglomerado de normas jurídicas que regulan distintas cuestiones dentro de la controversia, por lo que corresponde abordarlas con prudencia.²³

El profesor Salacuse identificó la interacción entre tres tipos de ordenamientos aplicables a las inversiones extranjeras, que se traslucen en

²⁰ Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 39 y ss.

²¹ Superados los obstáculos de jurisdicción, normalmente invocados en el arbitraje de inversiones, se enfoca el análisis hacia el ordenamiento aplicable a cuestiones materiales en *strictu sensu*. A efectos de este capítulo se consideran las cuestiones de méritos, dejando de lado aspectos sobre la jurisdicción, admisibilidad, nacionalidad, legitimación activa/pasiva y cuestiones procesales. DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 39.

²² Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (sobre la base del informe de la Sexta Comisión [A/56/589 y Corr.1]). Disponible en <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.

²³ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 40.

la escena arbitral: i) el derecho interno del Estado receptor y el del Estado de constitución del inversor; ii) el derecho de los contratos pactado entre el inversor y el Estado receptor; y iii) el derecho internacional, que contempla los tratados de inversión,²⁴ el derecho internacional consuetudinario²⁵ y los principios generales del derecho.²⁶

En el caso de una reclamación basada en un tratado,²⁷ especial atención requiere el derecho internacional público, cuyas fuentes ingresan a formar parte del análisis,²⁸ y el derecho de las inversiones alza la voz a través de los estándares de protección contemplados en la mayor parte de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, los APPRI),²⁹ que se colocan en el punto más alto de la discusión y de la decisión arbitral. Esto pone de manifiesto el tercer problema de la *lex causae* y es el relativo a la interpretación y/o valor que el tribunal de inversiones va a otorgar a cada elemento jurídico material y al conjunto de ellos en la consideración de los hechos y su respectiva subsunción en el derecho.

²⁴ Puede tratarse de tratados bilaterales de inversión (TBI-BIT), también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI); tratados multilaterales de inversiones, como el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE); o acuerdos de libre comercio que incluyen previsiones sobre inversiones, como el Tratado USMCA o TMEC.

²⁵ Ver: DUMBERRY, Patrick. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 351 y ss.

²⁶ Ver: SALACUSE, Jeswald. *The Three Laws of International Investment*. London: Oxford University Press, 2013, p. 47.

²⁷ Ver: CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. «Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes; Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 325-328. Considerando los arbitrajes sobre la base de tratados de inversión, *investment treaty arbitrations* o *investment treaty claims*.

²⁸ En concreto, las fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, como concluye Dolzer en: DOLZER, Rudolf. *Contemporary Law of Foreign Investment; International Investment Law for the 21st Century. Essays in honor of Christoph Schreuer*. Londres: Oxford University Press, 2009.

²⁹ SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 47. Como señala Salacuse en referencia a Schreuer, cuando se aborda la cuestión de las obligaciones sustantivas contempladas en los tratados de inversión, se hace referencia a los estándares de protección contenidos en la mayoría de los tratados bilaterales (TBI-APPRI) o tratados multilaterales de inversiones. En este punto, es relevante determinar si se trata de una reclamación basada en un tratado (*treaty claim*) o en un contrato (*contractual claim*). Sobre este punto, ver el apartado 5 de este capítulo.

De esta manera, el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia en materia de inversiones extranjeras presenta un conjunto de cuestiones cuyas respuestas no siempre resultan pacíficas,³⁰ pero su abordaje permite hallar los principios que gobiernan la determinación y aplicación de la *lex causae* en el contexto del arbitraje de inversión.

3. MÉTODOS DE ELECCIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE AL FONDO DE LA DIFERENCIA

Para determinar la ley aplicable en el arbitraje de inversión, inicialmente debe evaluarse el instrumento que otorga autoridad al tribunal para decidir la controversia. Este aspecto ha generado dos principales teorías: la teoría de la sede y la teoría de la deslocalización.³¹

La primera se fundamenta en el principio de territorialidad y control jurisdiccional de los laudos y establece que la autoridad de los tribunales procede de la ley del Estado en el que se halla la sede del arbitraje, misma que puede otorgar la libertad de elegir las reglas de arbitraje aplicables a la contienda. Éste es el caso, por ejemplo, de los arbitrajes internacionales llevados a cabo bajo las reglas de arbitraje de Uncitral.³²

La segunda teoría se basa en el orden jurídico internacional. Éste es el caso de los procedimientos bajo el Convenio y reglas del Ciadi,³³ mediante el cual se lleva a cabo un arbitraje deslocalizado de una sede,

³⁰ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 22.

³¹ Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p. 19.

³² En este artículo se hace referencia a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante la sigla Uncitral en lugar de CNUDMI. También, se hace referencia a los procedimientos llevados a cabo bajo el Reglamento de arbitraje de la Uncitral, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a procedimientos administrados por instituciones especializadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), por ejemplo.

³³ El Convenio del Ciadi es un tratado multilateral en vigor desde 1966, ratificado por 155 Estados en la actualidad, que provee el marco procesal común para la resolución de controversias entre inversores y Estados. A través del Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) y se establece su estatus jurídico. En adelante, Convenio del Ciadi o Convenio de Washington.

con mínimo contacto con los órganos jurisdiccionales. La autoridad de los tribunales gravita, por una parte, en la adhesión de los Estados al Convenio del Ciadi y, por otra, en la decisión del inversor de remitir una solicitud de arbitraje en contra de un Estado receptor, amparado en un instrumento legal en el cual el Estado ha previsto dotar de jurisdicción al Ciadi para dirimir las disputas relativas a inversiones.³⁴

Tanto para los tribunales con sede territorial como para los deslocalizados se distingue dos situaciones en las que debe consolidar la ley sustantiva aplicable al fondo de la diferencia: 1) cuando las partes han elegido el ordenamiento aplicable; 2) en ausencia de elección.

3.1. Elección del ordenamiento aplicable por las partes

La autonomía de la voluntad es un pilar central tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión,³⁵ y los tribunales internacionales tienen la obligación de aplicar las normas jurídicas materiales establecidas por las partes.³⁶ Al respecto, tanto el Convenio del Ciadi en su artículo 42(1), como el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 2010, en su artículo 35(1), contemplan la facultad de elegir el ordenamiento aplicable al fondo y, en defecto de elección, establecen las reglas para su determinación.

³⁴ PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, pp. 232-257.

³⁵ Señalan Thomas y Dhillon que en el contexto de los tratados de inversiones existen dos tipos de autonomía de las partes: a) la autonomía de los Estados que se ejerce al formular los términos del tratado, (incluyendo el mecanismo arbitral al que la demandante otorgará consentimiento al formular una reclamación); y b) la autonomía de las partes en una disputa específica, tras acordar la forma en que la diferencia será resuelta, considerando las previsiones del tratado. En este punto, los autores enfatizan que la elección de ley aplicable generalmente resulta del ejercicio de la autonomía de los Estados que han fijado la ley aplicable en el tratado, si bien algunos tribunales se han basado en la concepción del derecho aplicable determinado por las partes en disputa, cuando los Estados parte no han designado la ley aplicable inicialmente. Ver: THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. «Applicable Law under International Investment Treaties». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, n.º 26, p. 977.

³⁶ *Infra* nota 53. Sobre este punto, conviene señalar que la falta de aplicación del derecho correspondiente de manera manifiesta puede constituirse en una extralimitación de poderes del tribunal arbitral que pondría en riesgo el laudo arbitral, de conformidad con el artículo 52.1.b) del Convenio del Ciadi.

Cuando los Estados o las partes en litigio han elegido con claridad la ley material, los tribunales arbitrales no encuentran mayores dificultades para superar los problemas de la *lex causae*. No obstante, pese a la importancia de la claridad del lenguaje en los contratos y tratados,³⁷ no siempre se plasman cláusulas con el rigor debido, dando lugar a diversas dificultades que deben ser resueltas en sede arbitral.³⁸ Ahora bien, ante el consentimiento efectivo de las partes sobre el derecho aplicable al fondo de la litis, éste es expresado, esencialmente, a través de las normas legales internas del Estado receptor, en los contratos de inversión, o en los tratados internacionales de inversiones.³⁹

3.1.1. Elección del ordenamiento aplicable en el derecho interno o en los contratos de inversión

Existe la posibilidad de que los Estados determinen las normas sustantivas aplicables a las diferencias con la inversión extranjera a través de su derecho interno;⁴⁰ por ejemplo, mediante leyes de inversiones, de arbitraje u otras normas sectoriales.⁴¹ Dicha prescripción legal, reglamentaria o, en algunos casos, constitucional, se convierte en un acuerdo arbitral y en una elección válida del ordenamiento aplicable, al momento de la conformación escrita por parte del inversor, como la presentación de la solicitud de arbitraje.⁴²

³⁷ Resulta oportuno hacer mención al aforismo en latín *in claris non fit interpretatio*, resaltando que un texto legal que no plantea discordancia en su significado, no requiere de mayores indagaciones por parte del juez o, en este caso, del tribunal de arbitraje. Su utilización ha sido constante en el derecho continental como en el derecho anglosajón. Señala Federico de Castro y Bravo que el primer antecedente del término en los tribunales españoles apareció en la sentencia de 19 de noviembre de 1891 del Tribunal Supremo. Ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984, p. 468.

³⁸ Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 198. Por su parte, Banifatemi señala que la elección debe ser realizada de forma clara e inequívoca. Ver nota 70.

³⁹ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 254.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 44.

⁴² PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, pp. 232-257.

En el caso de los contratos de inversión se trata de acuerdos directos, generalmente, entre una empresa multinacional o un conglomerado de empresas y el Estado o entidad estatal, para llevar adelante proyectos de cierta envergadura, en su mayoría a largo plazo. Inicialmente, se llevaron a cabo a través de contratos de concesión y, posteriormente, fueron adquiriendo nuevos modelos conforme a las características del negocio y del sector económico en concreto. Por ejemplo, contratos de licencia, de servicios, de riesgo compartido, contratos de operación conjunta,⁴³ entre otros.

En cuanto a la elección del derecho aplicable al fondo en los contratos de inversión conviene observar la evolución de la *lex causae* junto a la «internacionalización de los contratos de Estado».⁴⁴

En esta etapa previa al Convenio del Ciadi, el derecho doméstico tenía un rol preponderante y el derecho internacional se limitaba a cumplir una función correctiva o suplementaria. En ausencia de elección de ley aplicable, se recurría a las técnicas del derecho internacional privado⁴⁵, como la valoración de los vínculos más estrechos de la relación jurídica. Naturalmente, era frecuente la remisión al derecho interno del Estado receptor, por existir más puntos de contacto con dicho ordenamiento.⁴⁶

⁴³ NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2013, p. 54.

⁴⁴ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 84 y ss.

⁴⁵ Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 461 y ss.

⁴⁶ Otros aspectos para tomar en cuenta son el asunto en disputa y la confluencia de otros elementos o fuentes de ley aplicable que requieren ser considerados bajo las técnicas de determinación del derecho internacional privado, como ser la «caracterización» o calificación de la relación jurídica. Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, pp. 45-52. Sobre este punto, cabe mencionar que las normas de la sede del arbitraje sobre determinación de ley aplicable constituyen el punto de partida para los tribunales con base territorial. Sin embargo, hay que destacar que los reglamentos de arbitraje bajo los cuales las partes han decidido dirimir sus controversias desempeñan un papel central, ya que éstos pueden contener los métodos de determinación de ley aplicable ante la falta de elección de las partes. Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, pp. 65-66.

Bajo este método permanecía el riesgo de la modificación del régimen interno por parte del Estado como medio para justificar posibles incumplimientos. La alternativa para proteger al inversor fue la apertura a la elección de ordenamientos internacionales o «anacionales».⁴⁷ Con esto se podría elevar las obligaciones a un nivel supranacional de modo que el incumplimiento de un contrato de inversiones fuera susceptible de constituirse en un acto contrario al derecho internacional,⁴⁸ capaz de dar lugar a la responsabilidad del Estado.⁴⁹ Del mismo modo, representaría la vulneración de los estándares de protección contemplados en tratados de inversiones, si bien esta cuestión obedece a un momento histórico posterior.⁵⁰ Estas extensiones del estándar mínimo de trato serían útiles para brindar mayor amparo a la inversión y, en su caso, demostrar la responsabilidad estatal ante un tribunal ajeno a su propio poder judicial. De esta forma, como señala Cremades, el arbitraje se convertiría en la respuesta y consecuencia de la globalización de los contratos administrativos, y la jurisprudencia arbitral, en un verdadero catalizador del nuevo derecho internacional económico.⁵¹

Actualmente, la elección del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias en los contratos de inversión puede remitir a distintos

⁴⁷ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁸ Como se analiza en el apartado 5, en el actual régimen de protección de inversiones, fundamentalmente a través de los APPRI, una vulneración contractual no necesariamente constituye una violación del tratado de inversiones que pueda representar la responsabilidad internacional del Estado receptor. No obstante, persiste la posibilidad de que, en ciertos casos, el incumplimiento de una obligación contractual pueda constituir, a su vez, una violación del APPRI. Por ejemplo, en virtud de una cláusula paraguas o *umbrella clause*. Ésta representa una previsión de respeto a las obligaciones contractuales adquiridas con un inversor extranjero, que transforma la vulneración del contrato en una vulneración al tratado, a ser juzgada bajo el derecho internacional. Ver: JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys. «De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, pp. 157-181; Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 406.

⁴⁹ Ver: CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, texts and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

⁵⁰ SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection. Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2011, párrs. 48-95.

⁵¹ CREMADES, Bernardo. «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica». En *Revista Argentina de Arbitraje* [en línea], 2018, n.º 2, p. 28. Recupero de <<https://www.cremades.com/pics/contenido>>.

ordenamientos, que van desde la remisión a la ley del Estado receptor, hasta la elección exclusiva de las normas de derecho internacional o principios generales del derecho.⁵²

De acuerdo con la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre el Arbitraje entre Estados, Empresas Estatales o Entidades Estatales y Empresas Extranjeras de 1989, la libertad de elección del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias en arbitrajes de inversión estaría garantizada y gozaría de plenitud para decantarse por normas jurídicas de origen estatal o supranacional.⁵³ Por ejemplo, las partes podrían elegir el derecho local del Estado receptor, el derecho nacional junto a una cláusula de estabilización,⁵⁴ el ordenamiento local sólo en parte, excluyendo ámbitos de la regulación interna,⁵⁵ el derecho de un tercer Estado, el derecho nacional combinado con el derecho internacional y los principios generales del derecho, o el derecho internacional

⁵² DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 81.

⁵³ ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p. 70. En referencia a la sesión del Instituto de Derecho Internacional de 1989. Disponible en <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf>.

⁵⁴ Las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión consisten en la prohibición al Estado receptor de alterar el régimen jurídico en un área determinada. Como señalan Dolzer y Schreuer, normalmente la intención del inversor se centra en la estabilidad del contrato celebrado con el Estado y, por tanto, busca prever que los cambios en la legislación del Estado receptor no se apliquen al contrato. Por ejemplo, en ocasiones se pacta el alcance de la cláusula de estabilización a específicos ámbitos, como el régimen impositivo. Otro formato de las cláusulas de estabilización son las *freezing clauses*, mediante las que se establece como ley aplicable al contrato, el derecho del Estado receptor, tal y como se encuentra en vigor al momento de su suscripción. Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁵ Ver: UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.6. ICSID Applicable Law*. New York and Geneva: United Nations, 2003, p. 11; Como señala el profesor Tawil, las partes pueden combinar la aplicación de reglas de distinto origen. Por ello, las cláusulas de elección de ley pueden referirse a varios sistemas jurídicos acumulativos o someter diferentes partes del contrato a distintos sistemas jurídicos, proceso llamado *dépeçage*. Así, también, pueden dejar de lado determinados aspectos de un sistema jurídico elegido para regir la relación jurídica. Igualmente pueden elegir la aplicación de instrumentos de *soft law*.

como parte integrante del derecho interno del Estado receptor.⁵⁶ Asimismo, podría elegirse los principios Unidroit, la nueva *lex mercatoria* o el derecho transnacional.⁵⁷

Si bien el espectro descrito corresponde a una visión general de las posibilidades de ley aplicable en los contratos de inversión, lo cierto es que la práctica muestra una preferencia por la elección de un ordenamiento estatal, junto a previsiones del derecho internacional y sus fuentes, cuyos detalles de aplicación se desgranar en el punto 6 de este capítulo.

3.1.2. Elección del ordenamiento aplicable en los tratados de inversiones

A partir de la entrada en vigor del Convenio del Ciadi, adquirió preponderancia el sistema de los tratados de inversiones,⁵⁸ reflejando que los tribunales de arbitraje internacional desde entonces han recurrido de forma creciente a los textos de los APPRI como ley material para resolver las controversias relativas a inversiones.

⁵⁶ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 230-233.

⁵⁷ Ver: JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 113. En 1956, el profesor Philip Jessup hizo referencia al término «derecho transnacional» en tres importantes conferencias pronunciadas en la Universidad de Yale. En éstas, el profesor relató el carácter transnacional de las situaciones jurídicas del mundo moderno, que pueden involucrar a individuos, compañías, organizaciones, Estados y otros grupos. Se refirió al derecho aplicable a la compleja interrelación de la comunidad global y en lugar de referirse al derecho internacional, cuya acepción sería limitada a situaciones internacionales, utilizó el término derecho transnacional, de modo que incluyera toda ordenamiento que regule los hechos jurídicos transfronterizos y que involucre a sujetos de derecho público y privado. Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 154. En el campo del derecho de las inversiones, la elección del derecho transnacional como derecho aplicable al litigio es abordado por Zambrana, citando inicialmente a Berthold Goldman como impulsor de la idea de la nueva *lex mercatoria* como norma aplicable a los contratos internacionales.

⁵⁸ La era moderna del derecho internacional de inversiones se inició con la suscripción del APPRI entre Alemania y Pakistán el año 1959. A partir de entonces, Alemania llevó a cabo un programa de negociación de tratados bilaterales con el objetivo de proteger a sus compañías nacionales con inversiones en el exterior. Esta iniciativa fue central para que diferentes naciones europeas, los Estados Unidos y China siguieran la misma tendencia. Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 9.

Si bien el convenio del Ciadi carece de disposiciones de derecho sustantivo, los APPRI se constituyeron en importantes instrumentos que propiciaron el desarrollo moderno del derecho de las inversiones, en gran medida, a través de las cláusulas de resolución de controversias. Éstas incorporan, en muchas ocasiones, mas no en todas, preceptos sobre la ley aplicable al fondo de la litis y suelen incluir referencias al propio tratado, a la ley del Estado receptor, al derecho internacional junto a sus normas y principios y, ocasionalmente, a las disposiciones de los contratos de inversión.⁵⁹ A manera de ejemplo, el artículo 8 del APPRI entre Reino Unido y Argentina establece:

(4) El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de este tratado, el derecho de la Parte Contratante involucrada en la controversia —incluidas sus normas relativas a conflicto de leyes—, los términos de los acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables. La decisión arbitral será definitiva y obligatoria para ambas partes.⁶⁰

En cuanto al contenido textual de estas disposiciones, como se ha mencionado con antelación, es evidente que la labor arbitral se facilita cuando los Estados han plasmado en el tratado una elección de ordenamiento en términos claros. Se cita como ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁶¹ que en su artículo 1131 (1) disponía: «1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional».

⁵⁹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁰ Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones, de 11 de diciembre de 1990. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/161/argentina---united-kingdom-bit-1990->>.

⁶¹ El Tratado fue reemplazado por el actual Tratado entre México, Canadá y Estados Unidos (T-MEC).

Otros tratados adoptan un enfoque distinto, eligiendo una gama de normas aplicables sin dar necesariamente una orientación sobre su jerarquía.⁶² Por ejemplo, el artículo 8 del APPRI entre los Países Bajos y la República Checa establece:

(6) El tribunal arbitral decidirá sobre la base de la ley, teniendo en cuenta en particular, aunque no exclusivamente:

- el derecho vigente de la Parte Contratante en cuestión;
- las disposiciones del presente Acuerdo, y otros Acuerdos pertinentes entre las Partes Contratantes;
- las disposiciones de los acuerdos especiales relativos a la inversión;
- los principios generales del derecho internacional.⁶³

La cláusula denota la amplitud y ausencia de mención al orden de aplicación de las normas citadas, por lo que, en situaciones similares, los tribunales han aplicado el propio acuerdo.

Pese a lo anterior, según Douglas, existirían tres fuentes jurídicas sustantivas que deberían figurar en la resolución de cualquier controversia sobre inversiones extranjeras: i) el derecho municipal del Estado receptor (incluidos los tratados internacionales como parte del ordenamiento interno); ii) el propio tratado de inversión; y iii) los principios generales del derecho internacional.⁶⁴

⁶² THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, p. 989.

⁶³ Artículo 8 del Tratado de inversiones entre los Países Bajos y la República Checa de 1991. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/968/download>>.

⁶⁴ Ver: DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration», p. 194.

Estas fuentes vendrían a ser el común denominador de la mayor parte de las disposiciones sobre elección expresa de ordenamiento aplicable a las controversias surgidas bajo tratados de inversiones.

3.2. Elección implícita del ordenamiento aplicable

Otro método para delimitar la ley de fondo aplicable al arbitraje inversionista-Estado consiste en observar una posible elección implícita en los contratos o en el comportamiento posterior de las partes; por ejemplo, en sus alegaciones y presentación de escritos ante tribunal arbitral, como confirmación de su propia determinación de ordenamiento sustantivo aplicable.⁶⁵

En el caso AAPL c. Sri Lanka, el tribunal observó que las partes no habrían tenido la oportunidad de elegir la ley aplicable antes del procedimiento de arbitraje, al no haber celebrado el convenio arbitral de forma directa. Por tanto, el proceso de elección del derecho aplicable a la diferencia se materializó a través de la conducta de las partes en el procedimiento arbitral.⁶⁶ Esta observación habría llevado al tribunal a concluir lo siguiente: «[...] ambas Partes actuaron en una manera que demuestra su acuerdo mutuo de considerar las provisiones del Tratado bilateral de inversiones Sri Lanka/Reino Unido como la fuente principal de las normas jurídicas aplicables».⁶⁷

De forma similar, en el caso Amco c. Indonesia⁶⁸ el tribunal arbitral determinó que en virtud de que las partes no habrían expresado un acuerdo sobre el ordenamiento aplicable, se debía aplicar a la causa el derecho indonesio junto a las normas del derecho internacional, conforme a lo previsto por el artículo 42 del Convenio del Ciadi. El tribunal halló la confirmación de esta elección implícita de ley aplicable

⁶⁵ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁶ *Idem*, p. 13.

⁶⁷ *Ibidem*. Traducción al español del autor.

⁶⁸ Caso Amco Asia Corporation y otros c. Republica de Indonesia, Caso Ciadi n.º ARB/81/1. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3475>>.

en el hecho de que ambas partes no solamente habrían omitido negar la aplicabilidad de estos dos sistemas jurídicos, sino que, de hecho, se habrían referido constantemente a ambos ordenamientos en sus escritos y alegaciones.⁶⁹

Sin ánimo de relativizar la eficacia de este método, corresponde abordarlo con precaución. Esto se debe a que, de acuerdo con el principio de libertad de elección de la ley aplicable, la determinación implícita no puede tener lugar sin la comprobación de una clara intención de las partes de someterse a un sistema o sistemas jurídicos concretos. En esta línea, en el laudo arbitral del caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica*, el tribunal arbitral determinó:

63. El artículo 42(1) del Convenio del Ciadi no exige que el acuerdo de las partes sobre la ley aplicable sea por escrito, ni que se indique expresamente. Sin embargo, para que el Tribunal considere que dicho acuerdo fue implícito primero debe constatar que la sustancia del acuerdo, independientemente de su forma, es claro. Habiendo revisado y considerado los argumentos orales y escritos de la Demandada sobre esta cuestión y analizado los documentos a los que se nos ha remitido, incluyendo, en particular, la Enmienda Helms y documentos relacionados, el Tribunal no puede concluir que las partes habrían llegado a un acuerdo claro e inequívoco de que su disputa sería decidida por el Tribunal únicamente de conformidad con el derecho internacional.⁷⁰

Por ello, si bien el método de determinación de la ley aplicable al fondo del litigio por elección implícita de las partes es válido, debe ser valorado con razonable certeza de acuerdo con las circunstancias del caso.⁷¹

⁶⁹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ Caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) c. República de Costa Rica*. Traducción al español por el autor. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3413>>; Como señala Banifatemi, conviene señalar que la elección de la ley aplicable debe hacerse de forma clara e inequívoca (*clearly and unequivocally*), y no puede determinarse la elección implícita, sin una clara intención de las partes a tal efecto. Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 198.

⁷¹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 12.

4. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE EN AUSENCIA TOTAL DE ELECCIÓN

Tras la comprobación de la ausencia de elección (expresa o implícita) del derecho aplicable al fondo de la diferencia,⁷² el tribunal debe dar solución a dicha situación y garantizar la tutela arbitral efectiva. Para ello, va a apoyarse en las reglas de arbitraje de la causa, con el fin de evaluar las previsiones de ley aplicable que éstas establecen.⁷³ En esta instancia, las reglas de arbitraje van a cumplir dos funciones:

- a) Dotar de autoridad legal a los árbitros para «caracterizar»⁷⁴ o calificar las cuestiones en disputa.⁷⁵
- b) Servir de fuente para determinar la *lex causae* aplicable.

En cuanto a la primera función, las reglas de arbitraje legitiman al tribunal para articular la *lex causae* aplicable al fondo de la litis a través de fuentes formales como los principios del derecho internacional privado o los principios derivados de la arquitectura particular del tratado de

⁷² GRAHAM, James. «El décimo aniversario de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*. Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina». En *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2010, n.º 1, vol. X, p. XV. Sobre este punto, Graham eleva la siguiente pregunta: «¿Cuál es la ley que se aplica en un asunto sobre inversión extranjera, donde las partes no han previsto una cláusula de *electum juris*? La pregunta existe desde la creación del Ciadi y opinamos que hoy más que nunca la interrogación merece toda su atención visto la diversidad y variedad de fuentes invocadas ante los árbitros».

⁷³ Ver: *Op. cit.*, nota 46.

⁷⁴ La caracterización es un concepto del derecho internacional privado anglosajón que hace referencia al proceso de calificación jurídica. Es empleado para determinar las normas de elección de ley aplicable en función de los elementos y de las circunstancias del caso. El presente capítulo hace referencia al termino en varias ocasiones. Como señala Zambrana: «Con carácter previo a la determinación del derecho aplicable, algunos tribunales ven necesario un análisis de la naturaleza de la reclamación y de la relación jurídica entre Estado e inversor, para poder luego elegir la norma de conflicto adecuada». ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, nota 17, p. 184. Ver asunto Macmillan Inc c. Bishopsgate Investment Trust Plc (n.º 3) 1996, 1 WLR 387. Ver decisión de anulación del Comité *ad hoc* en el caso MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S. A. c. República de Chile, ICSID Case n.º ARB/01/7; Ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 45.

⁷⁵ *Ibidem*.

inversión en cuestión, en caso de tratarse de una reclamación sobre la base de un APPRI.⁷⁶ Sobre este último aspecto señala Douglas:

91. El derecho aplicable a las cuestiones planteadas en el contexto de una controversia sobre inversiones debe ser determinado por el tribunal arbitral a través de un proceso de caracterización de la cuestión, seleccionando una norma de elección de derecho apropiada, determinando el ordenamiento aplicable por referencia al factor de conexión pertinente.⁷⁷ El tribunal debe, en la medida de lo posible, tratar de caracterizar la cuestión por referencia a categorías jurídicas de aplicación universal [...].⁷⁸

En cuanto a la segunda función sobre la determinación del derecho aplicable bajo el sustento de las reglas de arbitraje, se debe observar las diferencias entre los procedimientos bajo el Reglamento de arbitraje de la Uncitral y el sistema de arbitraje internacional bajo el Convenio del Ciadi,⁷⁹ como se observa a continuación.

4.1. El artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral

Según el artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 2010,⁸⁰ «el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará *la ley que estime apropiada*».⁸¹

En contraste, la versión del Reglamento de 1976 establece en su artículo 33(1):

⁷⁶ *Idem*, p. 44.

⁷⁷ UNCTAD. *Op. cit.*, nota 55.

⁷⁸ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 46. Traducción al español por el autor.

⁷⁹ En este capítulo se utiliza el término Convenio Ciadi o Convenio de Washington como sinónimos.

⁸⁰ THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, p. 977.

⁸¹ Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, versión de 2010. Disponible en <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-2010.pdf>>.

El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. *Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.*⁸²

Como se observa, en ambas disposiciones se otorga a los árbitros la facultad de determinar la *lex causae* aplicable a la diferencia, ante una verdadera falta de elección.⁸³ Sin embargo, se subrayan dos cambios relevantes.

En primer lugar, bajo el Reglamento de Arbitraje de Uncitral de 1976, los árbitros debían recurrir a un método de determinación de la *lex causae* bajo las normas de conflicto de leyes que consideraran pertinentes, en lugar de designar directamente las normas de derecho aplicables, como prevé la versión del Reglamento de 2010 en su artículo 35, considerándose éste último un método que otorga mayor flexibilidad a los árbitros.

Sobre este aspecto, como señala Zambrana, coincidente con Douglas, si bien la flexibilidad podría favorecer a los tribunales de arbitraje para llegar a soluciones apropiadas sobre las normas de derecho que deben aplicarse al fondo de la diferencia en ausencia total de elección, en ocasiones se habría observado un nivel de discrecionalidad para dejar de lado el proceso de caracterización y el uso de las normas de conflicto en la determinación del derecho aplicable.⁸⁴ Es evidente que dicha práctica no sería saludable para el sistema arbitral de inversiones puesto que un tribunal podría decantarse sin más por un ordenamiento cuya aplicación no se encuentre plenamente justificada bajo las reglas del derecho internacional privado.

⁸² Artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, versión de 1976. Disponible en <<https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CNUDMI-de-1976.pdf>>.

⁸³ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁴ ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, p. 290.

La segunda modificación del artículo 35 está relacionada con una revisión que pretende confirmar que las partes son libres de acordar la aplicación de las «normas de derecho», en lugar de simplemente la «ley», para regir su relación jurídica.⁸⁵ Con ello se habría pretendido aclarar que cuando las partes así lo estipulen pueden aplicarse normas supranacionales como la *lex mercatoria*, los principios de LA Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías, entre otros instrumentos sustantivos.⁸⁶

4.2. El artículo 42 del Convenio del Ciadi

Con la entrada en vigor del Convenio de Washington de 1965 que da lugar a la creación del Ciadi, se plasmó la visión de su principal impulsor, Aron Broches,⁸⁷ quien abogó por una postura pragmática de procedimiento antes que sustancia.⁸⁸

Si bien el Convenio de Washington omite la incorporación de normas sustantivas y se centra en establecer las bases procesales de un mecanismo neutral y despolitizado para la resolución de disputas internacionales mediante el cual los inversores puedan ejercer acciones legales directas en contra de los Estados receptores, el artículo 42 de dicho instrumento prevé reglas de carácter subsidiario sobre el derecho material aplicable al fondo del litigio en ausencia de elección. En concreto, el artículo 42 del Convenio del Ciadi establece:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará

⁸⁵ La disposición fue aprobada a propuesta del Grupo de Trabajo II de Uncitral sobre Arbitraje, en su sesión 49 realizada en Viena el 15 de septiembre de 2009.

⁸⁶ La modificación fue sugerida con el fin de proporcionar flexibilidad para que puedan aplicarse normas supranacionales si las partes así lo deciden, y en virtud de que las reglas de arbitraje sean consistentes con el artículo 28 párrafo (2) de la Ley Modelo Uncitral.

⁸⁷ Ver: CREMADES, Bernardo. *Op. cit.*, p. 9. Como apunta Cremades, Broches fue el padre del arbitraje de protección de inversiones y redactor del Convenio de Washington de 1965.

⁸⁸ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 9.

la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.⁸⁹

La característica distintiva de la norma de conflicto del Convenio del Ciadi es que determina directamente los ordenamientos que deben aplicarse por el tribunal arbitral en ausencia total de elección; en este caso, el ordenamiento interno junto a sus normas de conflicto y el derecho internacional.

Es cabalmente la segunda frase del artículo 42(1), la que ha suscitado posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia arbitral, siendo merecedora de distintas interpretaciones en cuanto a la jerarquía o prevalencia de los ordenamientos que contempla. En esta instancia se hace evidente la competencia entre el derecho interno y el derecho internacional.

El profesor Lowenfeld expone que una de las cuestiones centrales en la negociación y redacción del Convenio del Ciadi giró en torno al derecho que deben aplicar los tribunales de arbitraje internacional para dilucidar las controversias derivadas de la inversión extranjera. En concreto, se refiere al artículo 42 que fue objeto de amplios debates llegando sus redactores, a falta de consenso, a un acuerdo que contempla la elección del derecho interno, en primer término, incluyendo normas de derecho internacional.⁹⁰

Comoquiera que en este punto se ingresa a valorar el segundo problema de la *lex causae*, que corresponde a la propia aplicación del derecho una vez identificadas las normas aplicables, se desataca la potestad de

⁸⁹ Artículo 42(I) del Convenio de Washington, en vigor desde el 14 de octubre de 1966. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

⁹⁰ Ver: LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 458-459.

los tribunales para decidir la forma en que deben aplicarse las distintas fuentes jurídicas al fondo de la diferencia, toda vez que el Convenio del Ciadi guarda silencio sobre el modo en que el ordenamiento nacional y el derecho internacional deben dialogar.

La primera interpretación del artículo 42(1) en torno a la interacción de ordenamientos, es descrita por el profesor Reisman, quien sitúa la aplicación del derecho internacional sólo en circunstancias puntuales: 1) si las partes lo han acordado; 2) si el ordenamiento del Estado receptor establece la aplicación del derecho internacional; 3) si la materia se encuentra regulada directamente por el derecho internacional, como el caso de la existencia de un tratado; y por último, 4) para «suplementar» el derecho interno si éste guarda silencio respecto de un tema específico, o para ocasionalmente «corregir» el derecho local cuando éste vulnere el derecho internacional.⁹¹

La segunda interpretación del precepto legal mantiene al ordenamiento local como fuente principal, pero otorga mayor importancia al ordenamiento internacional frente a la postura anterior.⁹² Según Dugan, Wallace, Rubins y Sabahi,⁹³ esta interpretación sería coincidente con la propuesta de Broches, quien sostuvo:

El tribunal examinará en primer lugar el ordenamiento del Estado receptor, y esa ley se aplicará en primera instancia al fondo del litigio. A continuación, el resultado se contrastará con el derecho internacional. Este proceso no implicará la confirmación o la negación de la validez del derecho del Estado receptor, sino que puede resultar en su inaplicación cuando dicho ordenamiento, o la acción tomada bajo el mismo, vulnere el derecho internacional. En este sentido, como he sugerido antes, el

⁹¹ REISMAN, Michael. «The regime for lacunae in the ICSID Choice of Law provisions and the Question of its Threshold». En *ICSID Review, in Essays in Honor of Ibrahim F.I. Shihata* 362, 2000, pp. 374-758; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Cuarta edición. Buenos Aires: La ley, 2007, pp. 661-662.

⁹² Esta posición se adoptó en el caso *Klockner c. Cameroon*, así como en el caso *Amco c. Indonesia*.

⁹³ DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 211.

derecho internacional es jerárquicamente superior al derecho nacional bajo el artículo 42(1).⁹⁴

La tercera posición atribuye importancia equitativa al derecho internacional y al derecho local del Estado receptor y, a falta de elección, deja al criterio del tribunal arbitral la decisión de evaluar la pertinencia de uno u otro frente al caso. Sobre este punto, el Comité de anulación del caso *Wena Hotels c. Egipto* realizó el siguiente razonamiento relevante sobre la interacción de ambos ordenamientos que a continuación se cita de forma textual:

38. Este debate saca a la luz las diversas opiniones expresadas sobre el rol del derecho internacional en el contexto del artículo 42(1). La opinión de los académicos, escritos autoritativos y algunas decisiones del Ciadi han tratado este asunto. Ciertas opiniones han defendido un rol amplio del derecho internacional, que incluye no sólo las normas consagradas en los tratados, sino también la definición bastante amplia de fuentes que figura en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Otras opiniones han expresado que el derecho internacional está llamado a suplir el derecho interno aplicable en caso de existencia de lagunas. En el caso *Klockner I*, un comité *ad hoc* introdujo el concepto del derecho internacional como complementario de la ley aplicable en caso de lagunas y como corrector en caso de que el derecho interno aplicable no se ajustara en todos los puntos a los principios del derecho internacional. También existe la opinión de que el derecho internacional tiene una función de control del derecho interno aplicable en la medida en que exista una colisión entre dicho derecho y las normas fundamentales del derecho internacional consideradas *ius cogens*.

39. Algunas de estas opiniones tienen en común el hecho de que pretenden restringir el rol del derecho internacional y resaltar el del derecho del Estado receptor. Por el contrario, la opinión que aboga por una aplicación amplia del derecho internacional pretende restringir el papel del derecho del Estado receptor. No parece haber una respuesta única sobre cuál de estos enfoques es el correcto. Las circunstancias de cada caso

⁹⁴ BROCHES, Aron. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972, vol. 136, pp. 331-332. Traducción al español del autor.

pueden justificar una u otra solución [...] el Convenio no traza una línea clara para la delimitación del respectivo alcance del derecho internacional y del derecho interno y, en consecuencia, esto tiene el efecto de conferir al Tribunal un cierto margen y poder de interpretación.

40. Lo que está claro es que el sentido y el significado de las negociaciones que condujeron a la segunda frase del artículo 42(1) permitieron que ambos ordenamientos jurídicos tuvieran un rol. En efecto, el derecho del Estado receptor puede aplicarse conjuntamente con el derecho internacional si está justificado. Así también el derecho internacional puede aplicarse por sí mismo si la norma adecuada se encuentra en este otro ámbito.⁹⁵

Finalmente, el profesor Tawil describe la aplicabilidad del derecho internacional, incluso si se omite su mención en un acuerdo sobre elección de ley aplicable, o si se realiza una elección exclusiva del derecho interno. Según esta interpretación, la exclusión total del derecho internacional conduciría a consecuencias indeseables y contrarias al propósito del Convenio del Ciadi, puesto que podría representar que se lleven a cabo actos arbitrarios por parte del Estado en contra de la inversión extranjera, y alegar que dichos actos o conductas serían legales conforme al derecho local. De acuerdo con esta apreciación, las normas imperativas del derecho internacional⁹⁶ que proporcionan un estándar mínimo de protección, se aplicarían con independencia de cualquier elección de ley aplicable.⁹⁷

⁹⁵ Caso Ciadi Wena Hotels Ltd. C. República de Egipto. Laudo de 8 de diciembre de 2000. Traducción al español del autor. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>>. Ver: DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Op. cit.*, pp. 212-213.

⁹⁶ Se analiza la noción de derecho internacional en el punto 7 de este capítulo.

⁹⁷ Descripción del profesor Guido Tawil en: UNCTAD. *Op. cit.*, p. 10.

5. RECLAMACIONES BAJO CONTRATO VS. RECLAMACIONES BAJO TRATADO

Otro aspecto que resulta relevante en el arbitraje de inversión es la distinción entre una reclamación basada en un contrato de la invocada en presencia de un tratado de inversiones, puesto que la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia sufrirá variaciones de acuerdo con el instrumento jurídico bajo el cual surja la controversia y se eleve la reclamación arbitral.⁹⁸

Un análisis entre ambos tipos de reclamación es realizado por Cremades y Cairns,⁹⁹ quienes señalan que en una controversia sobre inversiones, la parte que goza de legitimación activa debe determinar si ha de invocar derechos contractuales (en presencia de un contrato de inversión) o los contemplados en el tratado (ante la existencia de un APPRI aplicable).¹⁰⁰ En esa línea subrayan los siguientes aspectos distintivos:

- Cuando las bases de la reclamación se amparan en un APPRI, se trata de derechos inherentes al tratado. Cuando se extraen de un contrato, se trata de derechos contractuales. Como apunta Crawford, en algún grado esta aseveración podría considerarse lógica, pero es evidente que el debate doctrinal no está cerrado.¹⁰¹
- Los derechos contemplados en el tratado son genéricos y están definidos por el derecho internacional. En cambio, los derechos dimanantes de los contratos son específicos de la inversión en

⁹⁸ Con razón señala Crawford que «Ninguna cuestión en el ámbito del arbitraje de inversiones es más fundamental, ni más discutida que la distinción entre un tratado y un contrato». Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 1. La discusión sobre este aspecto en el derecho de las inversiones no está cerrada, sobre todo en cuanto a la posible presencia de reclamaciones de distinta naturaleza (contractual e internacional) por los mismos hechos.

⁹⁹ CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. *Op. cit.*, pp. 325-328.

¹⁰⁰ BIGGS, Gonzalo. «Bernardo Cremades Contribution to the development of arbitration Law in Latin America». En CREMADES, Bernardo María; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel y David ARIAS (editores). *Liber Amicorum. Bernardo Cremades*. Madrid: La ley, 2010, p. 220.

¹⁰¹ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 10.

cuestión y son definidos por el derecho interno. Ambos podrían sobreponerse, por ejemplo, en el caso de una expropiación ilegal.¹⁰²

- Las partes del litigio bajo un tratado son un Estado receptor y un inversor foráneo, y se debe considerar las reglas sobre responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional.¹⁰³ En un contrato de inversión, las partes son las entidades que establecen de forma directa sus derechos y obligaciones en el acuerdo suscrito. Una de ellas naturalmente será una entidad pública.
- En un APPRI, el derecho aplicable será el propio tratado, los principios generales del derecho internacional y el derecho interno del Estado receptor. En una reclamación bajo contrato, la ley aplicable será el derecho interno del Estado receptor o la ley establecida en el propio acuerdo.¹⁰⁴
- Una reclamación bajo tratado puede dar lugar a la responsabilidad del Estado según el derecho internacional. Una reclamación bajo contrato puede dar lugar a la responsabilidad según el derecho del Estado receptor.¹⁰⁵

El caso *Vivendi c. República de Argentina* es un ejemplo ilustrativo para observar que la vulneración de un contrato o un tratado son cuestiones que requieren ser valoradas por su propia ley aplicable,¹⁰⁶ si bien

¹⁰² CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. *Op. cit.*, pp. 325-328.

¹⁰³ Ver: CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Novena edición. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 523.

¹⁰⁴ BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 220. Si bien la elección del derecho del propio del Estado receptor es habitual en contratos de inversión, nada impide que se pacte la ley de un tercer Estado u otras normas jurídicas.

¹⁰⁵ BIGGS, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 220. Se matiza este aspecto en el punto 5.

¹⁰⁶ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Decisión de anulación de 3 de julio de 2002, 5 ICSID Reports 340. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0211.pdf>>

la práctica arbitral refleja que las reclamaciones pueden superponerse como ha ocurrido en el caso de referencia,¹⁰⁷ en el que se puso de manifiesto el riesgo de confusión entre el contenido de los derechos, la elección de foro y la *lex causae*.¹⁰⁸

El asunto Vivendi trató sobre dos compañías de participación francesa que operaban sistemas de agua y alcantarillado en Tucumán, provincia de la República de Argentina, en virtud de un contrato de concesión que confería jurisdicción exclusiva a los tribunales domésticos. Tras diversas disputas contractuales, las demandantes presentaron una reclamación por vulneración del APPRI Francia-Argentina, alegando que sus derechos como inversores habrían sido vulnerados por el Estado argentino tras haberse impuesto nuevas obligaciones sobre regulaciones tarifarias y servicios obligatorios.

El tribunal arbitral sostuvo que el contrato no impedía que el inversor demandara al Estado en virtud del Convenio del Ciadi; sin embargo, en este caso todas las reclamaciones habrían surgido de disputas relativas a la ejecución del contrato y las demandantes habrían consentido en someter sus controversias, exclusivamente, a la jurisdicción de los juzgados domésticos de Tucumán. Por ello, el tribunal arbitral se habría apartado de decidir sobre el fondo del asunto, así como de resolver las pretensiones relacionadas con el tratado.¹⁰⁹ Como subraya Crawford, el tribunal habría confundido las reclamaciones del contrato con las del tratado y

¹⁰⁷ Para evitar la superposición de demandas, ciertos APPRI establecen que el demandante elija entre proseguir una reclamación ante las cortes locales, acudir a arbitraje nacional o recurrir al arbitraje internacional, sin la posibilidad de retroceder a demandar ante otro de los foros establecidos. Esta cláusula se ha denominado *fork in the road*, que en otros términos supone renunciar a las demás vías previstas, como condición para acudir al arbitraje internacional y de esa forma evitar la duplicidad de demandas en distintos foros, como ha ocurrido en el caso argentino.

¹⁰⁸ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>.

¹⁰⁹ Las demandantes alegaron, en concreto, la vulneración a los estándares de trato justo y equitativo, y expropiación, contenidos en el tratado bilateral de inversiones Francia-Argentina.

habría decidido no atender las reclamaciones con base al APPRI por entender que carecía de jurisdicción para ingresar a valorar el fondo del contrato.¹¹⁰

El laudo arbitral fue parcialmente anulado por el Comité *ad hoc* debido a que el tribunal se habría extralimitado en sus facultades al haber omitido ejercer jurisdicción sobre las reclamaciones con base en el APPRI, conforme al artículo 52(1) inciso b) del Convenio del Ciadi. Al respecto, el Comité de anulación señaló:

86. [...] un tribunal del Ciadi se extralimita en sus facultades no sólo si ejerce una jurisdicción que no le corresponde de conformidad con el acuerdo o tratado pertinente y el Convenio del Ciadi, interpretados en conjunto, sino también si omite ejercer una jurisdicción que sí le corresponde según los mencionados instrumentos jurídicos [...].¹¹¹

Asimismo, el Comité subrayó que una controversia de inversiones podría, al mismo tiempo, involucrar cuestiones de interpretación y aplicación de estándares bajo el tratado de inversión y cuestiones contractuales, pero ello no reduciría la jurisdicción del tribunal¹¹² puesto que se trataría de distintas protecciones. En este sentido, el tribunal de anulación señaló que una conducta determinada puede vulnerar un estándar

¹¹⁰ Ver: CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration», p. 9.

¹¹¹ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres: Cambridge University Press, 2001, pp. 937-938.

¹¹² Sobre este punto, señala Zambrana: «Respecto de la cuestión de competencia hay que preguntarse si es posible que un tribunal arbitral que deriva su competencia de un APPRI, entienda de una reclamación por incumplimiento, no del APPRI, sino de un contrato que puede o no contener su propia cláusula de elección de foro, indicando la competencia de tribunales ordinarios o arbitrales, pero de carácter nacional. A pesar de que ésta es una discusión centrada fundamentalmente en conflictos de competencia entre tribunales locales e internacionales o anacionales, también incide sobre el derecho aplicable a la reclamación según ésta se presente ante un tribunal local o uno internacional y según la reclamación tenga por base un incumplimiento de contrato o un incumplimiento de una obligación del Estado contenida en el APPRI». Ver: ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 452-453.

bajo el APPRI y una disposición bajo el contrato, y viceversa.¹¹³ En esa línea determinó:

98. En un caso donde la base esencial de la reclamación sometida a un tribunal internacional es un incumplimiento de contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato [...].¹¹⁴

101. Por otra parte, donde la «base fundamental de la reclamación» es un tratado [...] la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante —del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante— al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado.¹¹⁵

103.[...] Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización¹¹⁶ de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.¹¹⁷

105. [...] una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato y determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional [...].¹¹⁸

En este punto se observa la relevancia de distinguir los derechos subjetivos derivados del tratado y aquellos contenidos en el contrato,

¹¹³ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>.

¹¹⁴ *Idem*, párr. 98.

¹¹⁵ *Idem*, párr. 101.

¹¹⁶ *Op. cit.*, nota 74.

¹¹⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal c. República de Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo de 21 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 299. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>>, párr. 103.

¹¹⁸ *Idem*, párr. 105.

que el tribunal debe considerar sobre la base de los elementos de la reclamación, puesto que, conforme al instrumento invocado y al ordenamiento aplicable, se aclararán también aspectos jurisdiccionales y, finalmente, las consecuencias jurídicas.

Pese a tratarse de un aspecto no resuelto en el derecho de las inversiones, una vez matizadas las diferencias entre las *treaty claims* y las *contractual claims* en cuanto a la variación de la ley aplicable al fondo de la litis, corresponde observar el rol del derecho local y el del derecho internacional en la resolución de controversias internacionales.

6. EL ROL DEL DERECHO INTERNO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Como se ha podido apreciar, en un conflicto sobre inversiones extranjeras los tribunales de arbitraje deben analizar varios elementos materiales, personales y jurídicos para dirimir la controversia de fondo. A este respecto, no sólo se ocupan de evaluar la responsabilidad del Estado, sino que les corresponde analizar, en primer lugar, la existencia, naturaleza y alcance de los derechos patrimoniales que integran la inversión.

Estas cuestiones desbordan las posibilidades del derecho internacional, puesto que el mismo no puede regular de forma integral todos los aspectos derivados de la relación jurídica entre el inversor foráneo y el Estado receptor.¹¹⁹ En otras palabras, como señala De Brabandere, el derecho internacional no podría considerarse un ordenamiento jurídico autosuficiente en el ámbito de las inversiones extranjeras.¹²⁰

¹¹⁹ Por ejemplo, en el caso AAPL c. Sri Lanka, el tribunal señaló que los APPRI no son sistemas jurídicos cerrados y autónomos que se limitan a establecer normas sustantivas de aplicación directa, sino que deben contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que se integran normas de otras fuentes a través de métodos de incorporación implícita, o directa a normas complementarias, ya sean de derecho internacional o de derecho interno. Ver: Caso AAPL c. Sri Lanka. Caso Ciadi n.º ARB/3.

¹²⁰ DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural aspects and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 126.

Para determinar la existencia de un derecho de naturaleza económica, éste debe ser reconocido como tal por el ordenamiento de un Estado, ya que los tratados de inversiones no estarían destinados a establecer normas para la adquisición de derechos de propiedad sobre bienes tangibles o intangibles. Es, en definitiva, el derecho interno el que determina y reconoce la existencia de los derechos patrimoniales concretos,¹²¹ su alcance y la persona física o jurídica en quien recaen. Por ello, se considera que el ordenamiento interno es la base para edificar el contenido de los derechos subjetivos que demandan protección jurídica internacional por la vía arbitral.¹²²

En la medida en que los APPRI¹²³ exijan un nexo territorial entre la inversión y un Estado parte del tratado, el ordenamiento que regula la propiedad continuará siendo el derecho del Estado en el que se alega haber canalizado la inversión.¹²⁴ Adicionalmente, algunos APPRI establecen que la inversión debe ser realizada de conformidad con las leyes

¹²¹ Por ejemplo, en el caso *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, el inversor argumentó expropiación a sus subsidiarias considerando que tenían derecho a la devolución del IVA por parte de la administración tributaria de Ecuador. El derecho aplicable establecido en el APPRI era el propio Tratado junto con las normas aplicables de derecho internacional. Pese a la ausencia de mención al derecho local del Estado receptor, el tribunal caracterizó la disputa en dos cuestiones distintas: a) ¿tenían las filiales de EnCana un derecho a la devolución del IVA por las compras de bienes y servicios durante los periodos [relevantes], según la legislación ecuatoriana?; y en caso afirmativo, (b) ¿fue ese derecho expropiado por Ecuador? Ver: Caso *EnCana Corporation c. Republic of Ecuador*. Caso Ciadi n.º 427.

¹²² Entre otras cuestiones, señala Schreuer que el derecho interno regula una serie de cuestiones técnicas como ser la admisión, concesión de licencias, relaciones laborales, impuestos, divisas, propiedad inmobiliaria, entre otros. Ver: SCHREUER, Christoph. «International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID». En *Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 89.

¹²³ En este punto, se hace mención a los APPRI en particular, pero se emplea el término para hacer referencia a los tratados bilaterales, multilaterales y a otros que contemplen provisiones sobre inversiones.

¹²⁴ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 126.

domésticas del Estado receptor,¹²⁵ para que la protección internacional opere.¹²⁶

En el caso de la presencia de contratos de inversión, el ordenamiento estatal será igualmente relevante puesto que será el régimen jurídico aplicable para evaluar si se ha producido el incumplimiento de una obligación contractual.¹²⁷ Ante los hechos en disputa, esta evaluación por parte del tribunal arbitral puede resultar necesaria en dos situaciones:

- a) Si el propio contrato le otorga competencia para ello.
- b) Si la valoración sobre un quebrantamiento a las protecciones del tratado requiere un análisis previo de la existencia de un incumplimiento contractual.¹²⁸

Tan pronto como los derechos de propiedad del inversor sean reconocidos por el ordenamiento del Estado receptor y se adecuen a la definición de inversión establecida en el tratado invocado, la protección del derecho internacional entra vigor. Este aspecto es relevante puesto

¹²⁵ Esta regla de conformidad con la ley del Estado receptor puede incluirse en la definición de inversiones protegidas del tratado, o a través de una provisión especial denominada *conformity clause*. También puede dar lugar a la exclusión de reclamaciones en las que se encuentren inmersos elementos de corrupción u otras acciones ilegales. Ver: HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 446. Ver: FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje». En BENEYTO, José María (editor). *Arbitraje: presente y futuro. Las conferencias Hugo Grocio*. Navarra: Aranzadi, 2021, pp.133-149.

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso Vallisoletana SL c. República del Salvador, la jurisdicción del tribunal estaba condicionada al requisito de que la inversión se realice de conformidad con la ley salvadoreña, misma que según el tribunal del caso, incluiría un requisito de buena fe. Al haber distorsionado los hechos, la empresa habría vulnerado el principio de buena fe desde el momento en que realizó la inversión y, por tanto, no la habría llevado a cabo de conformidad con la ley salvadoreña. Ante esta situación, el tribunal se declaró incompetente, ya que la inversión no podría beneficiarse de la protección del APPRI. Ver: caso Vallisoletana SL c. República del Salvador, caso Ciadi n.º. ARB/.3/26. Laudo de 2 de agosto de 2006. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf>.

¹²⁷ Como apunta Banifatemi, la ley aplicable del contrato no es el contrato sino el sistema jurídico en el que el contrato encuentra su validez. Ver: BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 207.

¹²⁸ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 127.

que, ante una reclamación arbitral amparada en un estándar de protección de un APPRI, el Estado que previamente ha reconocido *ipso iure* o *ipso facto* la validez y conformidad a su ordenamiento jurídico de un contrato de inversión o de un conjunto de derechos patrimoniales del inversor, ya no puede negar su validez *a posteriori* para eludir obligaciones o justificar posibles incumplimientos.¹²⁹

Estas cuestiones exceden la mera valoración fáctica y, en cambio, alcanzan la necesidad de una consideración de orden jurídico por parte del juzgador internacional a la hora de dirimir una controversia arbitral de inversiones. La posición es compartida por Douglas, quien sostiene de forma crítica que la propuesta de considerar al derecho interno como «hecho» en lugar de derecho, sería, cuanto menos, debatible.¹³⁰

A este respecto, el autor señala que cualquier controversia sobre la existencia o alcance de los derechos de propiedad debe decidirse conforme al derecho municipal del Estado receptor, ya que no se trataría de un debate sobre pruebas o «hechos», sino una disputa sobre derechos subjetivos.¹³¹

En suma, de acuerdo con los aspectos señalados, al derecho interno le correspondería regular la existencia, naturaleza y alcance de los derechos patrimoniales que integran la inversión, los aspectos inherentes a la validez, eficacia, interpretación, ejecución, cumplimiento y caducidad del contrato, así como la responsabilidad contractual dimanante.

¹²⁹ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 53. Sobre el primer punto del párrafo, conviene resaltar que es el tratado el que proporciona la definición de inversiones protegidas bajo el mismo, sin perjuicio del debate entre las posiciones que defienden un concepto limitado de inversión, a través del test Salini. Ver: NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 76 y ss.

¹³⁰ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, p. 69 y ss.

¹³¹ *Idem*, p. 70.

7. EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Se ha visto que la práctica contemporánea del derecho de las inversiones ha evolucionado, en un primer término, con la internacionalización de los contratos de Estado y, posteriormente, con la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, que junto al Convenio del Ciadi, representan la arquitectura legal del flujo transnacional de capitales.

La hegemonía del sistema de tratados, junto a la celebración de contratos internacionales, han demostrado a través del arbitraje de inversiones que el derecho internacional tiene un rol fundamental ante cualquier mecanismo de combinación de normas jurídicas, ya sean elegidas a través de leyes internas, contratos o tratados.

Del mismo modo, la praxis actual refleja una inviable abstracción total del derecho internacional cuando de inversiones extranjeras se trata.¹³² Para empezar, se ha observado que el derecho internacional tiene un rol correctivo y complementario del derecho doméstico,¹³³ y en caso de contradicción entre ambos se ha optado por la prevalencia del primero.¹³⁴ Igualmente, el derecho internacional está presente como parte del ordenamiento interno del Estado, que en algunos casos reviste un estatus superior a la ley.¹³⁵ Por otra parte, el derecho internacional puede ser elegido como ordenamiento aplicable por los Estados, por las

¹³² DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*; en el caso LG&E c. República de Argentina, el tribunal sostuvo lo siguiente: «el hecho de que no exista un contrato entre la Argentina y la empresa favorece, en primer lugar, la aplicación del derecho internacional, en la medida en que se trata de una verdadera controversia en materia de inversión que se somete especialmente a las disposiciones del TBI complementadas por el derecho interno». Ver: Caso LG&E Energy Corp. y otros c. República de Argentina. Caso Ciadi n.º ARB/02/1. Decisión de 3 de octubre de 2006, párr. 98. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>>.

¹³³ DE BRABANDERE, Eric. *Op. cit.*, p. 125.

¹³⁴ LINARES CANTILLO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 238.

¹³⁵ Ver: Sinopsis del artículo 96 de la Constitución española. Disponible en <<http://app.congreso.es>>.

partes o por los árbitros en el caso de una elección implícita, e incluso en ausencia total de su elección.¹³⁶

En otros términos, con independencia de que un acuerdo de inversión se refiera o no al derecho internacional como ordenamiento aplicable al fondo de la litis, ésta será la norma que rija la interpretación y aplicación del tratado que sirve de base a la reclamación arbitral, en caso de tratarse de una *treaty claim*.¹³⁷ Por tanto, para analizar una cláusula de derecho aplicable en un tratado, así como el alcance de los términos y protecciones que otorga, los árbitros han de recurrir al derecho internacional público.¹³⁸

Y es que en materia de inversiones extranjeras, ni contratos ni tratados, por sí mismos, pueden resolver todas las cuestiones de fondo, por lo que normalmente requieren el apoyo de las normas del derecho internacional general.

Si se procede a centrar el análisis en torno a las controversias basadas en tratados, este criterio sería compartido por el profesor McLachlan, quien sostiene que los tratados no son regímenes autónomos y, por tanto, el significado de sus términos operativos debe guiarse por las normas pertinentes del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. En la misma línea, debe considerarse que ningún tratado puede existir aislado del derecho internacional general.¹³⁹

Valorada la falta de autonomía de los tratados y la insuficiencia del ordenamiento doméstico para resolver transversalmente las cuestiones sobre inversiones foráneas, el derecho internacional resulta ser determinante, toda vez que el juicio arbitral de inversiones va a valorar hechos

¹³⁶ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 12.

¹³⁷ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 210.

¹³⁸ SALACUSE, Jeswald. *Op. cit.*, p. 47.

¹³⁹ McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *Op. cit.*, p. 17, 1.63; artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Infra*, nota 147.

a la luz de un instrumento supranacional o una situación jurídica transfronteriza. A tal efecto, queda pendiente la determinación de lo que debe entenderse por derecho internacional. Para establecer su contenido, se ha de recurrir al artículo 38(I) del Estatuto de la Corte internacional de Justicia, mismo que establece:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹⁴⁰

Los cuatro incisos del precepto son relevantes en el arbitraje de inversión, y pueden clasificarse en fuentes primarias y subsidiarias. En este caso, se hará énfasis en las fuentes primarias: las convenciones (o tratados), el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.¹⁴¹ Por su parte, si bien en esta ocasión no se ingresa en detalle, las fuentes subsidiarias, como las decisiones de los tribunales y la doctrina, también son invocadas en el foro arbitral y sirven de apoyo a los argumentos de las partes y de referencia a las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional.¹⁴²

¹⁴⁰ Artículo 38, inciso I del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en <<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>>.

¹⁴¹ NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴² *Ibidem*.

El derecho internacional primario en el campo de las inversiones extranjeras¹⁴³ está arraigado al propio tratado de inversiones aplicable como *lex specialis*.¹⁴⁴ Esto quiere decir que el APPRI invocado se aplica como norma especial¹⁴⁵ frente al derecho internacional general.¹⁴⁶

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la aplicación del tratado, existe un nexo entre sus previsiones y los principios jurídicos para evaluar su contenido.¹⁴⁷ En este punto se hace referencia no solamente a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁸ relativos a las reglas de interpretación, sino también a los elementos que apoyan la aplicación de los estándares de protección que contemplan en el tratado,¹⁴⁹ en particular, al derecho consuetudinario y a los principios generales del derecho.

En cuanto al primero, su acepción refiere a aquella serie de principios profundamente arraigados en la práctica generalizada y espontánea

¹⁴³ La Comisión de Derecho Internacional se ha preocupado por la segmentación progresiva del derecho intencional debido a la expansión de sus ramas, como es el caso del derecho de las inversiones, y ha propiciado un grupo de trabajo liderado por el profesor Koskenniemi, cuyo resultado fue el informe: «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», presentado el año 2006 en Ginebra, en la sesión 58 de la Comisión de Derecho Internacional. Disponible en <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>.

¹⁴⁴ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, p. 205. En el caso Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka, el tribunal arbitral concluyó que ambas partes habrían acordado la aplicación del APPRI Sri Lanka/Reino Unido como *lex specialis* y el derecho internacional o las normas locales como fuente suplementaria en virtud de las previsiones del propio tratado. Consultar asunto Azurix c. República de Argentina.

¹⁴⁵ DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁶ ENDARA, Francisco. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión». En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, n.º 1, vol. 3, año 2, p. 110.

¹⁴⁷ Los APPRI deben ser entendidos e interpretados como todos los tratados en el contexto de las reglas generales del derecho internacional. En particular, el artículo 31(3)c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que junto al contexto del tratado deberá tenerse en cuenta «toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes».

¹⁴⁸ Concretamente el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Disponible en <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>.

¹⁴⁹ NADAKAVUKAREN, Krista. *Op. cit.*, p. 38.

del derecho internacional, que rigen las relaciones entre las naciones, en este caso, en materia de inversiones extranjeras. Lo anterior es concordante con la definición del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que consolida a la costumbre como la práctica realizada por los sujetos internacionales, generalmente aceptada por éstos como derecho.¹⁵⁰ En esta línea, no cabe duda que el arbitraje como medio para la aplicación efectiva del derecho de las inversiones ha puesto de relieve el impacto del amplio número de los APPRI y la similitud de sus previsiones sustantivas como factores que coadyuvieron a la evolución del derecho consuetudinario de las inversiones.¹⁵¹ Asimismo, el creciente número de decisiones en el área ha llevado a que las fuentes generales del derecho internacional ocupen un lugar cada vez más significativo.

Como señalan Dolzer y Schreuer, el derecho consuetudinario permanece altamente relevante en el arbitraje de inversión y se manifiesta, por ejemplo, en las reglas de atribución de responsabilidad del Estado, en las normas sobre daños, sobre expropiación, denegación de justicia y en los aspectos relativos a la nacionalidad del inversor.¹⁵²

Para Dumberry, las dos principales reglas consuetudinarias reconocidas por la mayor parte de la doctrina son el estándar mínimo de trato y la prohibición de expropiación sin compensación justa.¹⁵³ Adicionalmente, podrían citarse conceptos jurídicos centrales, como el trato justo y equitativo, entre otros no exentos de permanente debate, que se encuentran contemplados en la mayoría de los tratados y son parte de la práctica cotidiana del derecho de las inversiones.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Artículo 38.1.b) del Estatuto de la CIJ.

¹⁵¹ Graham ha denominado a la aplicación del derecho consuetudinario en la materia como una especie de *lex inversionis*. GRAHAM, James. *Op. cit.*, p. XV.

¹⁵² Ver: DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER *Op. cit.*, p. 17. Como apuntan Dolzer y Schreuer, la consecuencia del crecimiento de la jurisprudencia arbitral como nicho de las normas generales del derecho internacional hace que para obtener un entendimiento completo de estas fuentes normativas se requiera un amplio y actualizado conocimiento de su interpretación y aplicación en el contexto de los litigios relativos a inversiones.

¹⁵³ DUMBERRY, Patrick. *Op. cit.*, p. 407.

¹⁵⁴ HERDEGEN, Matthias. *Op. cit.*, p. 411.

Con todo, esta categoría puede considerarse la más debatida en la materia debido a que está ligada a conceptos jurídicos que sirven al fondo de las decisiones, cuya determinación ha adquirido contenido a través de la práctica, pero que no están exentos de interpretaciones diferentes. Ésta es una de las críticas actuales sobre la falta de consistencia, entendida ésta como la ausencia de una línea interpretativa vertical sobre regulaciones similares en los tratados, pero que se hallan dentro del universo de los APPRI existentes y son aplicados por tribunales conformados *ad hoc* para cada procedimiento frente a circunstancias fácticas diversas. A ello se suma que los tribunales de arbitraje no están obligados a seguir las interpretaciones de otros tribunales. En otros términos, no existe una doctrina de *stare decisis* en el arbitraje de inversión.¹⁵⁵

En cuanto a los principios generales del derecho internacional aplicados al ámbito de las inversiones en específico, su definición ha sido objeto de amplia consideración doctrinal. Con todo, puede extraerse que esta categoría es producto de un proceso de derecho comparado mediante el cual se establecen los caracteres comunes esenciales de los principales ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁵⁶

Al respecto, el profesor Tawil señala que los principios generales del derecho son considerados una fuente importante del derecho internacional en los casos tramitados ante el Ciadi.¹⁵⁷ En particular, se refiere a los principios generales del derecho contractual, que incluirían:

¹⁵⁵ Ver: THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. *Op. cit.*, pp. 975-998. Ver: BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Redfern, and Hunter on International Arbitration; Student version*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 469, 8.76. Ver: Caso SGS Générale de Surveillance S. A. c. República de Filipinas. Caso Ciadi n.º ARB/01/13, 6 de agosto de 2003, 42 I.L.M. 1290 y SGS Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas. Caso n.º ARB/02/6.

¹⁵⁶ EVANS, Malcolm. *International Law*. Quinta edición. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 98.

¹⁵⁷ Por ejemplo, el caso Amco c. Indonesia. Laudo de 20 de noviembre de 1984. ICSID Repors 461 et. Seq. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/3475>>; Amco c. Indonesia. Asunto reenviado. Decisión sobre jurisdicción de 10 de mayo de 1988. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf>; caso AAPL c. Sri Lanka. Laudo de 27 de junio de 1990. Disponible en <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>>.

[...] el principio *pacta sunt servanda* y la *exceptio non adimpleti contractus*, el *estoppel*, la doctrina del enriquecimiento injusto, la compensación total del perjuicio resultante del incumplimiento de las obligaciones contractuales, los principios generales del debido proceso, la carga de la prueba recae sobre el demandante y la cosa juzgada.¹⁵⁸

Por su parte, Dolzer y Schreuer citan los principios de: «buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *onus probandi* y el derecho a ser oído». ¹⁵⁹ Estos principios señalados de forma enunciativa y no limitativa adquieren importancia en caso de lagunas en el texto de los tratados¹⁶⁰ y en la interpretación de términos o frases individuales.¹⁶¹

A manera de ejemplo, en el asunto Amco c. Indonesia, el tribunal arbitral se apoyó en los principios generales del derecho para resolver una controversia relacionada con la forma de compensación por daños. En su decisión, el tribunal señaló:

268. [...] Aplicando los mismos principios, el tribunal concederá, en el presente caso, una indemnización por daños y perjuicios calculada para compensar plenamente el perjuicio sufrido por la Demandante. Antes de proceder a este cálculo, el tribunal debe señalar que, también en este caso, *según los principios y normas comunes a los principales sistemas jurídicos nacionales y al derecho internacional*,¹⁶² la indemnización que se conceda debe cubrir únicamente el perjuicio directo y previsible. La exigencia de directo no es más que una consecuencia de la exigencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio; y la exigencia de la previsibilidad se cumple prácticamente en todas partes [...].¹⁶³

¹⁵⁸ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 20. Traducción al español por el autor.

¹⁵⁹ DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁰ PARRA, Antonio. «Applicable substantive law in ICSID Arbitrations». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2001, n.º 1, vol. 16, p. 21. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/16.1.20>>. Considerando que el tratado es un instrumento de derecho internacional, Antonio Parra sostiene que se hallaría implícito que los árbitros deban recurrir a los principios generales de derecho internacional para complementar las disposiciones del APPRI.

¹⁶¹ UNCTAD. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁶² El resaltado en el texto es propio.

¹⁶³ Caso Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia, ver nota 157.

7.1. *Los estándares de protección como ordenamiento aplicable*

Las obligaciones de protección de inversiones —más conocidas como estándares— son el corazón de las garantías que confiere el tratado a los inversores extranjeros durante la vida de la inversión.¹⁶⁴ Estas previsiones han sido la materia prima para el desarrollo del derecho de las inversiones a través de un importante número de decisiones arbitrales que reflejan su evolución,¹⁶⁵ alcance¹⁶⁶ y contenido.

Como se señaló al inicio de este capítulo, los estándares representan el punto más alto del debate arbitral y coadyuvan a superar el tercer problema de la *lex causae*. En consecuencia, tras haberse determinado y considerado el ordenamiento aplicable a los distintos aspectos de la litis y de conformidad con la apreciación de los elementos fácticos, el tribunal arbitral procederá a la interpretación de los estándares invocados para resolver sobre la conformidad a derecho o la ilicitud de la conducta estatal por afectación a los estándares de trato a las inversiones, contemplados en el APPRI aplicable. En esencia, son los siguientes:

- Protección contra medidas arbitrarias o discriminatorias.
- Trato nacional.
- Trato de la nación más favorecida.
- Trato justo y equitativo.
- Obligación de proveer protección y seguridad (plena).

¹⁶⁴ Considerando la presencia de un tratado de inversiones aplicable.

¹⁶⁵ Consultar: REINISCH, August y Christoph SCHREUER. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

¹⁶⁶ ORTINO, Federico. *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 2.

- Prohibición de expropiación ilegal (directa o indirecta).
- Garantía de libre transferencia de capitales.¹⁶⁷

Llegados a este punto, corresponde observar si el ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia son los propios estándares de trato contemplados en los APPRI o, en cambio, son los tratados los que determinan el ordenamiento que debe aplicarse para evaluar si se han vulnerado los estándares de protección.¹⁶⁸ Esta cuestión no es baladí, puesto que la interpretación y aplicación puede experimentar variaciones conforme al ordenamiento de base.

Sobre este punto, sostiene Parra que el ordenamiento aplicable a las controversias surgidas bajo los APPRI, son las propias disposiciones sustantivas de los tratados.¹⁶⁹ No obstante, si bien podría existir una vulneración a los estándares de trato a las inversiones, esto no quiere decir que se constituyan, por sí mismos, en el derecho aplicable al fondo del litigio. En este caso, es apropiado distinguir entre las obligaciones que contempla el tratado y el derecho sustantivo aplicable.¹⁷⁰

Por ejemplo, ante la existencia de una cláusula de elección de ley aplicable al fondo de las controversias en el tratado, sus previsiones podrían contemplar el derecho internacional como aplicable al litigio. En este caso, los estándares de protección de las inversiones serían el parámetro para delimitar la conducta del Estado, mientras que las normas del derecho internacional se constituirán en el ordenamiento aplicable para determinar el alcance e interpretación de dichas disposiciones.¹⁷¹

¹⁶⁷ SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection*. *Max Planck Encyclopedias of International Law*, párrs. 48-95.

¹⁶⁸ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁶⁹ PARRA, Antonio. «Applicable law in Investor-State Arbitration». En *Contemporary issues in arbitration and mediation*. Nueva York: The Fordham papers, Brill/Nijhoff, 2007, pp. 1-12.

¹⁷⁰ BANIFATEMI, Yas. *Op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁷¹ *Ibidem*.

En definitiva, ante las diversas posiciones doctrinales, la práctica refleja que en el arbitraje de inversión discurre un diálogo constante entre el tratado, como fuente principal, y las fuentes primarias del derecho internacional como elementos de apoyo en el ámbito de las inversiones extranjeras.

Por lo expuesto en torno al rol del derecho internacional en el arbitraje de inversión, corresponde señalar que se encargará de tratar las siguientes cuestiones: 1) evaluar si los derechos patrimoniales objeto de reclamación se enmarcan en la definición de inversión del tratado invocado; 2) complementar el derecho doméstico en caso de lagunas o corregirlo en caso de afectación a una norma imperativa del derecho internacional; 3) brindar las reglas de interpretación y las fuentes que coadyuven a determinar el contenido de los derechos subjetivos del tratado (derecho consuetudinario y principios generales del derecho); 4) examinar e interpretar el cumplimiento de los estándares de protección de las inversiones; y, 5) juzgar la responsabilidad internacional del Estado en caso de que ésta proceda.

8. CONCLUSIONES

El abordaje analítico del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversión demuestra que la *lex causae* mantiene una naturaleza híbrida entre el derecho local y el derecho internacional, descartando su aislamiento en una rama en particular, puesto que ningún ordenamiento es considerado autosuficiente en el campo de las inversiones extranjeras. Este análisis corresponde a una visión general de las reclamaciones basadas en tratados y en contratos de inversión.

Como señala el profesor Crawford, a quien se brinda reconocimiento a través de estas líneas, una característica intrínseca del arbitraje de inversiones es la superposición e interacción de sistemas jurídicos. Por ello, el ordenamiento aplicable al fondo de la litis precisa observarse

con precaución y requiere analizar el instrumento invocado, los elementos jurídicos en debate y sus fuentes respectivas, para identificar las normas que rigen cada aspecto de la controversia.¹⁷²

Teniendo en cuenta el principio basilar de la autonomía de la voluntad, la función arbitral obedece a la disposición de las partes en cuanto a las normas de fondo elegidas, y sólo ante el silencio u obscuridad, el tribunal procederá a determinar la *lex causae* con base en el principio territorial, por medio de las reglas de arbitraje y las técnicas del derecho internacional privado, a excepción de los arbitrajes bajo el Convenio del Ciadi que se rigen por la determinación directa del ordenamiento aplicable al fondo de la diferencia.

En esta instancia, debe distinguirse entre el proceso de determinación de la *lex causae*, y el proceso de evaluación del contenido de las normas que el tribunal ha identificado como aplicables a la causa, así como su posterior interpretación.

En concreto, el ordenamiento aplicable al fondo del litigio suele contemplar el derecho interno del Estado receptor, incluidas sus normas de conflicto, el propio tratado de inversiones y los principios generales del derecho intencional. El carácter de *lex specialis* del tratado hace que los estándares de protección se coloquen en la cúspide del debate arbitral.

¹⁷² Con razón señalaba Schreuer: «La ley aplicable en las disputas sobre inversiones ha resultado ser un área peligrosa. Se requiere gran habilidad náutica para mantener el balance apropiado [...]. Un número de casos, de hecho se han hundido en las rocas de la propia o la impropia ley [...]». Ver: SCHREUER, Christoph. «Investment Arbitration: a Voyage of Discovery. London, 4, 2004». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2005, n.º 1, vol. 71, pp. 73-77. Recuperado de <https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/74_cspubl_74.pdf>. Traducción al español por el autor.

Sin ingresar a abordar la relación de jerarquía o prevalencia entre ordenamientos,¹⁷³ el presente capítulo se ha centrado en observar las cuestiones que a cada uno le corresponde regular. En este sentido, el derecho interno será el que regule los aspectos relativos a la adquisición, existencia, naturaleza y alcance de los derechos de propiedad que componen la inversión y, del mismo modo, aportará con la aplicación e interpretación de las disposiciones contractuales.

Por su parte, el derecho internacional abordará las inversiones que se encuentran protegidas bajo el tratado aplicable, las reglas de interpretación y fuentes que coadyuvan a determinar el contenido de los derechos subjetivos del tratado, la aplicación de los estándares de protección, y la responsabilidad estatal en caso de ser procedente. Adicionalmente, jugará un rol correctivo y suplementario del derecho local en caso de existencia de lagunas o contradicción con normas imperativas del derecho internacional.

Si bien en la práctica del arbitraje de inversión, los aspectos procesales y jurisdiccionales han adquirido creciente atención, es pertinente desarrollar la sustancia y lo que, en definitiva, es la base para la aplicación efectiva del derecho. En este sentido, el abordaje adecuado de los elementos materiales aplicables a las distintas cuestiones de la litis es fundamental para aportar coherencia y consistencia a las decisiones.

De esta manera, el presente capítulo presentó una galería de cuestiones que permiten observar los principios básicos de la *lex causae* aplicable al fondo de la diferencia en el arbitraje de inversión, ponderando la sustancia frente al procedimiento.

¹⁷³ Como señaló Kirby: «No es excesivo mencionar que la interacción entre el derecho nacional e internacional constituye uno de los mayores desafíos para el derecho en el siglo que viene. Su resultado es crítico para el futuro del derecho internacional [...]. No resolveremos estas cuestiones de forma definitiva durante nuestra vida. De hecho, no es nuestro deber terminar la tarea. Pero tampoco estamos libres de la obligación moral de intentarlo». KIRBY, Michael. «International Law: The Impact on National Constitutions». En *American University International Law Review*, 2006, n.º 3, vol. 21, pp. 327-364. Traducción al español por el autor. Ver: ELISABETH KJOS, Hege. *Op. cit.*, p.1.

Si se adopta una mirada prospectiva del arbitraje de inversión, con independencia de las posibles mutaciones que se debaten en la actualidad, puede afirmarse que los aspectos sustantivos jugarán un rol preponderante en la nueva relación jurídica inversor-Estado. Quizás profundizando en la sustancia, y desde dentro,¹⁷⁴ se puedan fortalecer los pilares para el futuro del sistema de resolución de controversias relativas a inversiones.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANIFATEMI, Yas. «The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration». En *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, chapter 9.

BIGGS, Gonzalo. «Bernardo Cremades Contribution to the development of arbitration Law in Latin America». En CREMADES, Bernardo María; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel y David ARIAS (editores). *Liber Amicorum. Bernardo Cremades*. Madrid: La ley, 2010, pp. 210-241.

BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Redfern, and Hunter on International Arbitration; Student version*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BROCHES, Aron. «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1972, vol. 136, pp. 331-332.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Novena edición. Oxford: Oxford University Press, 2019.

¹⁷⁴ SHILL, Stephan. «The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within». En *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL)*, 2014, n.º 2014/02. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446918>.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, texts and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CRAWFORD, James. «Treaty and Contract in Investment Arbitration». En *Arbitration International*, 2008, n.º 3, vol. 24, pp. 351-373.

CREMADES, Bernardo. «El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica». En *Revista Argentina de Arbitraje* [en línea], 2018, n.º 2, p. 28. Recupero de <<https://www.cremades.com/pics/contenido>>.

CREMADES, Bernardo y David CAIRNS. «Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Investment Disputes». En *Arbitrating Foreign Investment Disputes; Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 325-352.

DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural aspects and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984.

DOLZER, Rudolf. *Contemporary Law of Foreign Investment; International Investment Law for the 21st Century. Essays in honor of Christoph Schreuer*. Londres: Oxford University Press, 2009.

DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. «The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration». En *British Yearbook of International Law*, 2003, n.º 1, vol. 74, pp. 159-289.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

DUGAN, Christopher; WALLACE, Don; RUBINS, Noah y Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DUMBERRY, Patrick. *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ENDARA, Francisco. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión». En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, n.º 1, vol. 3, año 2.

EVANS, Malcolm. *International Law*. Quinta edición. Oxford: Oxford University Press, 2018.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje». En BENEYTO, José María (editor). *Arbitraje: presente y futuro. Las conferencias Hugo Grocio*. Navarra: Aranzadi, 2021, pp. 133-149.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Sistema de derecho económico internacional*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GRAHAM, James. «El décimo aniversario de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*. Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina». En *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2010, n.º 1, vol. X.

HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys. «De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, pp. 157-181.

JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KIRBY, Michael. «International Law: The Impact on National Constitutions». En *American University International Law Review*, 2006, n.º 3, vol. 21, pp. 327-364.

LINARES CANTILLO, Alejandro. *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework». En VAN DEN BERG, Albert (editor). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*, Series n.º 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, pp. 95-108.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration; Substantive Principles*. Segunda edición. Londres: Oxford University Press, 2017.

NADAKAVUKAREN, Krista. *International Investment Law; Text, cases and Materials*. Massachusetts: Edward Elgar, 2013.

ORTINO, Federico. *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

PARRA, Antonio. «Applicable law in Investor-State Arbitration». En *Contemporary issues in arbitration and mediation*. Nueva York: The Fordham papers, Brill/Nijhoff, 2007, pp. 1-12.

PARRA, Antonio. «Applicable substantive law in ICSID Arbitrations». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2001, n.º 1, vol. 16, pp. 20-24. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/16.1.20>>.

PAULSSON, Jan. «Arbitration without Privity». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 10, pp. 232-257.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Cuarta edición. Buenos Aires: La ley, 2007.

REINISCH, August y Christoph SCHREUER. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

REISMAN, Michael. «The regime for lacunae in the ICSID Choice of Law provisions and the Question of its Threshold». En *ICSID Review, in Essays in Honor of Ibrahim F.I. Shihata* 362, 2000, pp. 374-758.

SALACUSE, Jeswald. *The Three Laws of International Investment*. London: Oxford University Press, 2013.

SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Segunda edición. Londres: Wolters Kluwer, 2017.

SCHREUER, Christoph. «International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID». En *Austrian Review of International and European Law*, 1996, pp. 89-120.

SCHREUER, Christoph. «Investment Arbitration: a Voyage of Discovery. London, 4, 2004». En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2005, n.º 1, vol. 71, pp. 73-77. Recuperado de
<https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/74_cspubl_74.pdf>.

SCHREUER, Christoph. *Investments, International Protection. Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2011.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres: Cambridge University Press, 2001.

SHILL, Stephan. «The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within». En *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL)*, 2014, n.º 2014/02. Recuperado de
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446918>.

THOMAS, Christopher y Harpreet DHILLON. «Applicable Law under International Investment Treaties». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, n.º 26, pp. 975-998.

UNCTAD. *Course on Dispute Settlement, Module 2.6. ICSID Applicable Law*. New York and Geneva: United Nations, 2003.

ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

LA EXCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN ARGENTINA, BRASIL Y COLOMBIA

*Claudio Salas**

*María Camila Hoyos***

*Soledad Peña****

Sumario: 1. Introducción.— 2. El alcance del orden público según las cortes de Argentina, Brasil y Colombia.— 2.1. Argentina.— 2.1.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes argentinas.— 2.1.2. Puntos clave del enfoque argentino sobre el orden público y el arbitraje.— 2.2. Brasil.— 2.2.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes brasileñas.— 2.2.2. Puntos clave del enfoque brasileño sobre el orden público y el arbitraje.— 2.3. Colombia.— 2.3.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes colombianas.— 2.3.2. Puntos clave del enfoque colombiano sobre el orden público y el arbitraje.— 3. Conclusión.— 4. Referencias bibliográficas.

* JD, Yale Law School.

** LL.M, Columbia University.

*** LL.M, Georgetown University Law Center.

1. INTRODUCCIÓN

El carácter global de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)¹ es una de las prerrogativas típicamente destacadas dentro de las ventajas del arbitraje internacional como medio alternativo de resolución de conflictos con intereses comerciales transfronterizos. La Convención de Nueva York ha sido ratificada virtualmente a nivel mundial,² y contiene causales taxativas en su artículo V como las únicas condiciones en que una corte doméstica podría denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros de forma excepcional.³ Estas características conllevan a la expectativa de que las cortes domésticas tratarán el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros sin los engorrosos requisitos procesales del proceso análogo para el reconocimiento de sentencias judiciales foráneas.⁴ Y a que, por regla general, una vez un tribunal arbitral ha decidido un laudo, la parte vencida deberá asumir las consecuencias jurídicas y patrimoniales en el lugar en que se encuentren sus activos.

Dentro de las causales que las cortes domésticas pueden invocar para negarse a reconocer y ejecutar un laudo extranjero, el artículo V(2)(b) establece que un laudo puede ser rechazado cuando su ejecución y reconocimiento «sea contrario al orden público de ese país».⁵ Sin embargo, pocos debates en el derecho internacional son más complejos de

¹ Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 7 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 38 (Convención de Nueva York).

² Con contadas excepciones, como es el caso de la República Popular Democrática de Corea (también llamada Corea del Norte). Ver COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

³ Ver Convención de Nueva York artículo V. Ver también FACH GÓMEZ, Katia y Ana M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ (editores). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2021, «Part IV: Grounds for Refusal under the New York Convention», pp. 135-184.

⁴ Tradicionalmente conocido como *exequatur*.

⁵ Ver Convención de Nueva York artículo V(2)(b).

abordar que la definición y el alcance del *orden público* específicamente aplicado al ámbito del arbitraje internacional dentro del contexto de la Convención de Nueva York.⁶ Esto acontece porque aunque la noción de orden público no es desconocida dentro del orden doméstico legal, en el campo del derecho privado internacional ha sido interpretada por autoridades judiciales alrededor del mundo de manera disímil y, muchas veces, contradictoria.⁷

Son varias las tensiones en la interpretación del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, y más allá de la semántica, la noción de orden público (o *public policy*, en inglés) tiene aproximaciones diferentes entre los sistemas civilistas y anglosajones a nivel del litigio doméstico. Por una parte, los sistemas civilistas entienden el orden público como un precepto constitucional y tienen soluciones hermenéuticas para identificar las normas domésticas de interés general que no admiten pacto en contrario (y cuya naturaleza es, en consecuencia, de orden público). Por otra parte, los sistemas anglosajones entienden la noción del *public policy* como uno de los estandartes del derecho común (o *common law*) de manera que no está necesariamente positivado en normas que indiquen la naturaleza de *qué es* el orden público; y hay, por el contrario, líneas jurisprudenciales que abordan ideas de justicia (*fairness*) en decisiones abiertamente basadas exclusivamente en función del interés público.⁸

Ahora bien, dentro del contexto de la Convención de Nueva York, varias jurisdicciones han reconocido que no es probable que una mera infracción al derecho interno constituya una causal para denegar el reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros por razones de orden

⁶ Ver, p. ej., GHODOOSI, Farshad. *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*. Oxon: Routledge, 2018, pp. 14-15, 62. Ver también BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2021, pp. 4007-4008.

⁷ Ver CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 384.

⁸ Ver, p. ej., GHODOOSI, Farshad. «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements». En *Nebraska Law Review*, 2016.

público.⁹ En la misma línea han entendido que una interpretación tan amplia sería contraproducente ya que «nunca podría obtenerse el reconocimiento de un laudo [...] [si] las normas bajo las que se profiere [...] son disímiles y en ocasiones contradictorias porque obedecen a sistemas políticos, judiciales y económicos diferentes».¹⁰ También ciertos países (mayoritariamente de tradición anglosajona) han construido una interpretación más restrictiva y encaminada a definir el estándar del artículo V(2)(b). Por ejemplo, un precedente hito en *Estados Unidos* determinó que los laudos arbitrales extranjeros podrán denegarse bajo la causal del orden público únicamente si violaren las nociones más básicas de moralidad y justicia.¹¹ En este mismo sentido, un precedente en *Inglaterra y Gales* estableció que la excepción de orden público comprende casos en que la ejecución del laudo sería claramente perjudicial para el bien público, o totalmente ofensiva para un ciudadano común y razonable, plenamente informado.¹²

Por otro lado, los países de tradición civilista han sido más propensos a darle una interpretación más amplia y proteccionista al artículo

⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Edición de la Guía de 2016, p. 266 y nota de pie 1069. Recuperado de <https://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf>.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia [C.S.] septiembre 7, 2016, Sentencia n.º SC-12467-2016 (Colombia).

¹¹ «La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros sólo puede ser denegada por este motivo cuando la ejecución vulnere las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro» (traducción libre: «Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice».) *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 97 (2d Cir. 1974), párr. 9.

¹² «Las consideraciones de orden público nunca pueden definirse exhaustivamente, pero deben abordarse con extrema precaución [...] Debe demostrarse que existe algún elemento de ilegalidad o que la ejecución del laudo sería claramente perjudicial para el bien público o, posiblemente, que la ejecución sería totalmente ofensiva para el miembro ordinario razonable y plenamente informado del público en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado» (traducción libre: «Considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution [...] It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the state are exercised») *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. v. Shell International Petroleum Co. Ltd.*, [1987] EWCA 3 W.L.R., p. 1035.

v(2)(b) de la Convención de Nueva York, inclinándose en su análisis a la noción del orden público doméstico. No obstante, algunos de estos países han intentado acercarse al estándar restringido de interpretación (característico de las jurisdicciones anglosajonas)¹³ ya sea (i) a través de la adopción de la Ley Modelo CNUDMI (Ley Modelo); (ii) agregando la especificidad de «orden público internacional» en sus estatutos arbitrales; y/o (iii) incorporando en su jurisprudencia precedentes internacionales para analizar comparativamente cómo otras cortes han solucionado cuestiones similares.

Pero las generalizaciones basadas exclusivamente en los tipos de sistemas jurídicos son a su vez reduccionistas. Por definición, cada país está llamado a interpretar el alcance de su orden público según sus circunstancias sociopolíticas e historia. Esto no es indeseable ya que la autonomía de los estados para determinar su propio orden público es también un elemento fundador de su soberanía estatal. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, da lugar a incertidumbre e imprevisibilidad, específicamente al momento de solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en cualquiera de los estados parte de la Convención de Nueva York.

Es, precisamente, por esta razón que al realizar el complejo trabajo interpretativo del artículo v(2)(b) de la Convención de Nueva York, los jueces de los países contratantes están llamados a recordar el espíritu de ésta en dos aspectos fundamentales: la razón de existencia de la excepción, y su alcance limitado. Sobre el primer aspecto, la excepción de orden público fue contemplada por los redactores como «una válvula de

¹³ Por ejemplo, Francia. Ver PAULSSON, Jan. «El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales». En TAWIL, Guido y Eduardo ZULETA (editores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo a su 50 aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 612.

seguridad que ha de utilizarse en circunstancias excepcionales»¹⁴ y únicamente en «casos [en] que sería imposible que un ordenamiento jurídico reconociera un laudo y ordenara su ejecución sin abandonar los principios jurídicos fundamentales en que se funda». ¹⁵ Sobre el segundo aspecto, el alcance de la excepción debe comprenderse de cara a los objetivos a los que los estados se han adherido al ratificar la Convención de Nueva York. Esto es a: (i) una *voluntad* de reconocer y ejecutar los laudos extranjeros; y (ii) a optar por la cortesía internacional y reciprocidad en el ejercicio, de cara a los demás estados contratantes. Vale recalcar, que el éxito de la Convención de Nueva York se ha debido en gran medida al cumplimiento de estos objetivos por parte de los estados miembro, y que la denegación de laudos extranjeros basada en una interpretación amplia de la causal V(2)(b) acarrea un grave detrimento a su eficacia.

Dentro de este marco conceptual, este capítulo tiene como objetivo analizar de manera comparada la interpretación y alcance que las cortes domésticas de Argentina, Brasil, y Colombia, han dado a la noción de orden público cuando la excepción del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York ha sido invocada en el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. A partir del análisis de la jurisprudencia hito, los autores observan que, de la muestra de países estudiados, no existe consensos en la región sobre la interpretación del orden público, lo cual confirma que las generalizaciones hechas sobre sistemas jurídicos son reduccionistas. Los autores abordan la posible causalidad entre la incorporación de la Ley Modelo en estas jurisdicciones y un estándar limitado de interpretación sobre el alcance orden público en sus cortes. Y concluyen que si bien la definición del orden público es, por naturaleza, cambiante y difícil de delimitar, no sucede lo mismo en la posibilidad de llegar a una suerte de consenso en el estándar de interpretación del orden

¹⁴ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Edición de la Guía de 2016, p. 262.

¹⁵ *Ibidem*.

público dentro del marco de la Convención de Nueva York. La continuidad en los esfuerzos de las cortes domésticas en establecer bases hermenéuticas mínimas de interpretación del artículo V(2)(b) es deseable y contribuiría a la legitimidad del arbitraje internacional en la región al aliviar la imprevisibilidad de su aplicación por las cortes en el corto y largo plazo.

2. EL ALCANCE DEL ORDEN PÚBLICO SEGÚN LAS CORTES DE ARGENTINA, BRASIL Y COLOMBIA

Esta sección compara el razonamiento que las cortes en Argentina, Brasil, y Colombia¹⁶ han dado a la causal de excepción al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros por razones de orden público, contenida el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.¹⁷ Los autores analizan si existe o no consistencia entre esta muestra de jurisdicciones de tradición civilista y proximidad regional. De igual manera, para las jurisdicciones que han incorporado un estatuto arbitral basado en la Ley Modelo, los autores evalúan si la entrada en vigor de dicha legislación ha tenido algún impacto en la línea jurisprudencial analizada.

2.1. *Argentina*

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, Argentina adoptó la Convención de Nueva York a través de la Ley n.º 23.619 el 28 de septiembre de 1988.¹⁸ Por otra parte, el Congreso de

¹⁶ El análisis comparado de estas jurisdicciones corresponde no sólo a su proximidad geográfica, sino al hecho de que comparten sistemas jurídicos similares y arraigados en la tradición del derecho civil, así como al hecho de que construyeron sus sistemas legales bajo la herencia del derecho romano y la codificación francesa. Ver, p. ej., LEZCANO NAVARRO, José María. *Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence A comparison with the Anglo-American method*. Oxon: Routledge, 2015, p. 83.

¹⁷ En consecuencia, se excluyen del análisis las decisiones sobre pedidos de anulación cuando la sede del arbitraje es en la misma jurisdicción de la corte, incluso si se trata de arbitrajes internacionales.

¹⁸ Ley 23.619, septiembre 28, 1988, B.O. 33919 (Argentina).

la Nación de Argentina aprobó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (LACI) el 3 de julio de 2018.¹⁹ A partir de la entrada en vigor de la LACI, Argentina pasó de ser un régimen monista (en el que los arbitrajes domésticos y los internacionales estaban sujetos a las mismas normas procedimentales) a uno dualista (en que existen normas diferenciadas para estos dos tipos de arbitraje).²⁰

Antes de la LACI, las cortes aplicaban las reglas contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para los pedidos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Argentina. Sin embargo, debido a la naturaleza federal del sistema argentino, las provincias eran autónomas para determinar sus propias reglas en la materia y esto llevaba a que en la práctica no hubiese una implementación homogénea de la normativa federal.²¹ La LACI pretendió resolver esta dificultad. A partir de su entrada en vigor, los arbitrajes comerciales internacionales, y el mecanismo para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros pasaron a tener una *lex specialis*.²² Este cambio significó que, actualmente, todas las cortes argentinas deben seguir únicamente los preceptos contenidos en la LACI en materia de ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros y «sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado»²³ (como sería, por ejemplo, la Convención de Nueva York).

¹⁹ Ley 27449, julio 26, 2018, B.O. 26501 (Argentina).

²⁰ Ver: CAIVANO, Roque y Verónica SANDLER. «La nueva Ley argentina de arbitraje comercial internacional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, 2018, n.º 2, vol. XI, p. 575.

²¹ Ver: VILLAGGI, Florencia. «Recent Developments in the Arbitration Legislation in Argentina». En *Journal of International Arbitration*, 2018, n.º 2, vol. 35, p. 225. Ver también: RIVERA, Julio César. «La Ley Argentina de arbitraje comercial internacional». En *Derecho & Sociedad*, 2019, n.º 52, pp. 248, 253.

²² Por virtud del artículo primero que señala expresamente que: «La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado». Ley 27449, julio 26, 2018, B.O. 26501 (Argentina), artículo 1.

²³ Ley 27449, julio 26, 2018, B.O. 26501 (Argentina), artículo 1.

Ahora bien, el artículo 104(b)II de la LACI modificó la Ley Modelo²⁴ al establecer como causal de rechazo al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros cuando éstos son «contrarios al orden público *internacional argentino*»²⁵ (énfasis nuestro). La LACI es un ejemplo de legislación que distingue entre el orden público doméstico y el orden público internacional. Este cambio legislativo pretendió situar a Argentina en la misma línea jurisprudencial que muchas cortes han ido elaborando sobre la distinción doméstica e internacional del orden público.²⁶ Comentaristas argentinos indican que a partir de tal distinción, los jueces están facultados para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos, únicamente cuando éstos «vulnere[n] principios fundamentales del ordenamiento jurídico argentino, es decir cuando se trasgreden las nociones básicas de justicia y moralidad sobre las que se asienta».²⁷

A continuación, exploraremos si se ha cumplido dicha expectativa después de la entrada en vigor de la LACI, al analizar la línea jurisprudencial seguida por las cortes argentinas en la aplicación de la excepción por motivos de orden público según el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

2.1.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes argentinas

Cuatro casos reflejan cómo las cortes argentinas han interpretado el alcance del orden público como excepción al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en su jurisdicción.

En un primer caso del año 2002, Reef Exploration Inc. (Reef) contra Compañía General de Combustibles S. A. (CGC) (en conjunto, Reef

²⁴ De la Ley Modelo CNUDMI, artículo 36(1)(b)(2) «Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado».

²⁵ Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 104(b)(ii).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ CAIVANO, Roque y Verónica SANDLER. *Op. cit.*, p. 593.

c. CGC),²⁸ la Cámara de Apelaciones de lo Comercial reconoció un laudo extranjero en segunda instancia.²⁹ CGC argumentó que el tribunal arbitral no tenía competencia para decidir sobre la causa y que el reconocimiento del laudo violaría el orden público, toda vez que una corte en Argentina ya había ordenado que el tribunal arbitral no debía avocar conocimiento de la disputa.³⁰ La Cámara de Apelaciones en lo Comercial fue deferente al principio de *kompetenz-kompetenz* y lo relacionó a su razonamiento referente al orden público al decidir que:

Por el contrario, las partes pactaron una prórroga de competencia en favor del tribunal arbitral que dictó ese laudo, para dirimir conflictos [...] [e]n nuestro sistema jurídico esa prórroga de competencia relativa a materia patrimonial disponible para las partes, es como la ley misma. El respeto a la palabra empeñada en ese sentido constituye un principio de orden público en nuestro régimen legal, plasmado en el artículo 1197. Así, el laudo arbitral referido no sólo no atenta contra nuestro orden público, sino que viene a compadecerse con él.³¹

A pesar de que la decisión no desarrolla el estándar de interpretación del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, es destacable que la Cámara de Apelaciones de lo Comercial sostuvo la validez del convenio arbitral y declaró que el respeto de los convenios arbitrales es un principio de orden público argentino.

En un segundo caso del año 2004, Ogden Entertainment Services Inc. (Ogden) contra Eijo Nestor E. y otro (Eijo) (en conjunto, Ogden c.

²⁸ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la American Arbitration Association (AAA), con sede en Dallas, Texas. La disputa estaba relacionada con un acuerdo de compra de acciones y los daños sufridos por Reef Exploration Inc. por el incumplimiento del acuerdo. Ver Cámara de Apelaciones de lo Comercial [CNCom] 05/11/2002, Reef Exploration Inc. contra Compañía General de Combustibles S. A. (Argentina) (en adelante, sentencia Reef c. CGC).

²⁹ La Cámara de Apelaciones de lo Comercial revocó la decisión del juez de primera instancia que inicialmente rechazó el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero en el año 2002.

³⁰ Sentencia Reef c. CGC, p. 4.

³¹ Sentencia Reef c. CGC, p. 8.

Eijo),³² la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires negó el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en segunda instancia³³ al considerar que violaba el «orden público del derecho argentino [...] toda vez que la desmesura de la condena en costas [...] lesiona el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción».³⁴ La corte interpretó que el alcance del orden público es de carácter doméstico y en su *dicta* citó doctrina según la cual el orden público es «el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que pueda distorsionarlos».³⁵

En un tercer caso del año 2016, Milantric Trans S. A. (Milantric) contra el Ministerio de la Producción - Astillero Río Santiago (Astillero) (en conjunto, Milantric c. Astillero),³⁶ la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó el rechazo al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero por violación al orden público

³² El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento en el pago de una comisión a favor de Nestor E. Eijo, conforme a un acuerdo de servicios. El tribunal arbitral dictó un laudo en el que ordenó a Ogden Entertainment Services Inc. el pago de las cantidades adeudadas. Sin embargo, también exigió a Nestor E. Eijo el pago de las costas y los honorarios incurridos por Ogden Entertainment Services Inc. en el arbitraje. Ver Cámara de Apelaciones de lo Comercial [CNCom] 20/09/2004, Ogden Entertainment Services Inc. contra Eijo Nestor E. y otros (Argentina) (en adelante, sentencia Ogden c. Eijo).

³³ Un juez de primera instancia de Buenos Aires concedió el reconocimiento y la ejecución del laudo en el año 2002. Ver Juzgado Nacional en lo Comercial [Juz.Nac.Com] 23/09/2002, Ogden Entertainment Services Inc. contra Eijo Nestor E. y otros s. ejecutivo (Argentina).

³⁴ Sentencia Ogden c. Eijo, p. 2.

³⁵ «Dice Pardo que el orden público consiste en “el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que pueda distorsionarlos. Éste es el sistema adoptado por nuestra legislación, que autoriza al magistrado, antes de aplicar el derecho foráneo, a declarar si es o no idóneo para regular la situación jurídica, sin conculcar los principios generales que surgen del ordenamiento local”. Pardo, A. J. “Derecho internacional privado”, Parte General, 1976, pág. 332». Sentencia Ogden c. Eijo, p. 2.

³⁶ El laudo resultó de un arbitraje *ad hoc* con sede en Londres. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato para el diseño y construcción de un buque granelero comisionado por Milantric Trans S. A. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] 30/03/2016, Milantric Trans S.A. contra Ministerio de la Producción - Astillero Río Santiago (Argentina) (en adelante, sentencia Milantric c. Astillero).

en sede de revisión.³⁷ La corte razonó que en la interpretación del artículo v(2)(b) de la Convención de Nueva York, Argentina se comprometió a reconocer y ejecutar sentencias que no hayan «desconocido o violentado el orden público *interno*»³⁸ (énfasis nuestro). Si bien la corte hizo hincapié en que el principio del debido proceso «integra el orden público *internacional* argentino»,³⁹ concluyó en su *ratio decidendi* que el orden público internacional argentino abarca «los principios constitucionales de [Argentina]».⁴⁰

En un cuarto caso del año 2019, Deutsche Rückversicherung AG (Deutsche AG) contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro, en liquidación y otros (Caja Nacional) (en conjunto, Deutsche AG c. Caja Nacional),⁴¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) otorgó el reconocimiento y la ejecución parcial de un laudo extranjero en sede de apelación⁴² y del fallo confirmatorio en la sede del arbitraje, proferido por la Corte del Distrito Sur de Nueva York (CDSNY) en el año 2007.⁴³ La CSJN ratificó que tanto el tribunal arbitral como la CDSNY erraron al no aplicar la legislación argentina sobre consolidación de deudas en el

³⁷ La Cámara de Apelaciones de La Plata rechazó el reconocimiento y la ejecución del laudo en sede de segunda instancia en el año 2007. Ver Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo [CaPel.Adm] 30/08/2007, Milantric Trans S.A. contra Ministerio de la Producción - Astillero Río Santiago (Argentina).

³⁸ Sentencia Milantric c. Astillero, p. 39.

³⁹ *Idem*, p. 43.

⁴⁰ *Idem*, p. 49.

⁴¹ El laudo resultó de un arbitraje con sede en Nueva York. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato de reaseguro y las sumas debidas a Deutsche Rückversicherung AG. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] 24/09/2019, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros (Argentina) (en adelante, sentencia Deutsche AG c. Caja Nacional).

⁴² El reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero fueron rechazados por el juez de primera instancia. Seguidamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó el fallo, y admitió el reconocimiento y la ejecución parcial del laudo arbitral y de la sentencia extranjera. Ver Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial [Juz.Nac.Civ.] 05/11/2013, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros (Argentina). Ver también Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo [CaPel.Adm] 23/09/2014, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros (Argentina).

⁴³ Ver Corte del Distrito Sur de Nueva York [S.D.N.Y.] 01/08/2007, Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros contra Deutsche Rückversicherung AG.

cálculo de intereses del laudo y su confirmación. No obstante, concluyó que este hecho no impedía el reconocimiento y la ejecución parcial del laudo, ya que las cortes argentinas tienen la potestad para ordenar la modificación del laudo de tal manera que cumpla con los requisitos del régimen de consolidación de deuda en el ordenamiento argentino. Según la Corte:

[S]i una sentencia nacional es dictada en violación a las normas de consolidación de deudas la solución no es decretar la nulidad de todo el pronunciamiento emitido, sino que es jurídicamente posible [...] adecuarlo a ese régimen legal. Consecuentemente, tratándose [...] de un laudo arbitral extranjero [...] su reconocimiento debe ser admitido con las adecuaciones necesarias [...] a los efectos que se honren *las disposiciones de orden público que integran el régimen de consolidación de deudas*.⁴⁴ (Énfasis nuestro)

Sobre la excepción del orden público en el contexto de la Convención de Nueva York, la CSJN resaltó que es una reserva soberana que limita la prevalencia automática del derecho internacional «sobre el ordenamiento constitucional».⁴⁵ Según la CSJN, el orden público incluye los principios establecidos en la Constitución Nacional tales como: el sistema federal, el principio de juridicidad y reserva, el principio de igualdad, y el debido proceso, entre otros.⁴⁶ Por otra parte, la Corte enfatizó que existe una diferencia entre el orden público doméstico e internacional, y que «en la medida en que *la afectación al orden público internacional pueda individualizarse y escindirse*, resultará viable la ejecución parcial de las disposiciones que no entren en conflicto con el ordenamiento jurídico nacional»⁴⁷ (énfasis nuestro).

Cabe destacar que la sentencia *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* en sede de apelación no se fundó sobre la LACI, pues se trataba de un caso

⁴⁴ Sentencia *Deutsche AG c. Caja Nacional*, pp. 15-16.

⁴⁵ *Idem*, p. 29.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, p. 32.

regulado por la ley procesal vigente al inicio del proceso de reconocimiento y ejecución años atrás a su entrada en vigor en 2018. A pesar de ello, parece que la CSJN hizo un razonamiento diferente a las decisiones de las cortes argentinas previas al año 2018, en el sentido de dar contenido al alcance del orden público en Argentina y una deferencia a los objetivos de la Convención de Nueva York en garantizar la ejecutoriedad de los laudos extranjeros como se analizará en detalle en el siguiente punto 2.1.2.

2.1.2. Puntos clave del enfoque argentino sobre el orden público y el arbitraje

Como la muestra referenciada lo indica, son pocas las decisiones reportadas en que las cortes argentinas han abordado la pregunta de *qué se entiende por orden público* en su jurisdicción dentro del contexto del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros de la Convención de Nueva York. El hecho de que después de la entrada en vigor de la LACI sólo un caso hito ha abordado la cuestión también limita la posibilidad de asegurar si el paso dado por la CSJN en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* es el inicio de una nueva tendencia en la línea jurisprudencial que pretenda dar significado a la diferencia entre el orden público doméstico e internacional, o si se trata sólo de un hecho aislado. Sin embargo, la jurisprudencia reseñada permite abordar algunas reflexiones sobre las preguntas planteadas por los autores en este capítulo: (i) sobre si existe o no consistencia entre la interpretación que Argentina, Colombia y Brasil han dado a la noción del orden público; y (ii) si la entrada en vigor de la Ley Modelo ha tenido algún impacto en la línea jurisprudencial de las cortes en las jurisdicciones que la han implementado.

En primer lugar, a diferencia de otras jurisdicciones en América Latina estudiadas a continuación, Argentina no ha desarrollado una norma jurisprudencial que delimite su comprensión del orden público entre su dimensión doméstica e internacional. El razonamiento en *Reef c. CGC* y *Ogden c. Eijo* se basó en el fondo de las demandas y en una defensa

del derecho interno, pero no en el estándar de interpretación del orden público (o sus límites en comparación con el orden público internacional). En *Milantric c. Astillero*, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires introdujo que el orden público internacional argentino está integrado por los principios constitucionales de la nación.⁴⁸ Pero no incluyó en su razonamiento cuál es la diferencia entre el orden público doméstico e internacional argentino dentro de esta lógica. Como una observación preliminar, estos tres casos indican que antes de la aprobación de la LACI, las cortes argentinas abordaron la noción de orden público en su dimensión doméstica. Y que si bien la sentencia en *Milantric c. Astillero* introdujo la mención de orden público internacional, ello no representó un cambio jurisprudencial toda vez que el razonamiento vincula al orden público con los preceptos constitucionales de Argentina.⁴⁹

Antes bien, en el caso *Deutsche Ruck c. Caja Nacional*, que cabe recordar, fue una decisión posterior a la entrada en vigor de la LACI, aunque no conllevó la aplicación de la misma, se evidencia un avance jurisprudencial en la voluntad de los magistrados argentinos en balancear sus obligaciones convencionales (adquiridas con la ratificación de la Convención de Nueva York) y su normativa interna (considerada de orden público) para favorecer la ejecución de laudos extranjeros. De *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* se extrae la regla de dar a los laudos internacionales un trato igual al de los laudos nacionales para favorecer la ejecución de los mismos. Pero se extrae también una dicotomía entre el orden público doméstico e internacional con dos complicaciones importantes. Primero, en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional*, la Corte definió con detalle cuáles son los principios constitucionales que configuran el orden público doméstico argentino sin definir *qué es* el orden público internacional. De *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* se podría deducir que el orden público internacional es «todo aquello que no es el orden público argentino», pero esa definición sería tautológica

⁴⁸ Sentencia *Milantric c. Astillero*, pp. 43, 49.

⁴⁹ *Idem*, p. 49.

y fútil. Segundo, es difícil reconciliar la dicotomía en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* con el precedente en *Milantric c. Astillero* que concluyó que el orden público internacional argentino abarca los principios constitucionales de Argentina.⁵⁰

Como fue indicado en el punto 2.1 *supra*, la LACI es un ejemplo de legislación que modificó la redacción original de la Ley Modelo para diferenciar las dimensión internacional y doméstica del orden público. El hecho de que a la fecha no hay casos reportados en que las cortes argentinas hayan aplicado la regulación de la LACI en última instancia, y en que interpreten qué significa el «orden público internacional argentino» invita a la expectativa de conocer cómo las cortes abordarán esta cuestión en el futuro, incluyendo la aparente contradicción que los precedentes en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* y *Milantric c. Astillero* plantean.

En segundo lugar, a pesar de que a la fecha no hay una decisión reportada en que una corte haya aplicado la LACI en última instancia sobre la interpretación del orden público, es indiscutible que el razonamiento en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* muestra un avance importante en la deferencia al arbitraje en las cortes argentinas, y en tratar de definir *qué es* el orden público argentino, aun si sólo en su dimensión doméstica. El hecho de que la decisión en *Deutsche Ruck c. Caja Nacional* haya sido proferida sólo un año después de la entrada en vigor de la LACI hace pensar que el avance jurisprudencial no es en absoluto accidental. Siendo que la LACI introdujo el concepto de «orden público internacional argentino»,⁵¹ es expectable que los magistrados argentinos continúen desarrollando a través de la jurisprudencia el alcance y la definición de dicho concepto, a la vez que incrementando el estándar para alcanzarlo. De esta manera, no sólo se brinda seguridad jurídica para aquellos acreedores de laudos arbitrales cuyo reconocimiento y ejecución se solicite en el territorio argentino, sino que además se evita que

⁵⁰ *Idem*, pp. 43, 49.

⁵¹ Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 104(b)(ii).

dicha causal se convierta en un mecanismo para evadir injustificadamente el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en su jurisdicción.

2.2. *Brasil*

Brasil adoptó la Convención de Nueva York a través de la Ley Federal 9.307 de 1996, que entró en vigor en 2002⁵² (Ley de Arbitraje de Brasil). Esta norma incluye las reglas de procedimiento para el arbitraje y es parcialmente basada en la Ley Modelo, y en la Ley de Arbitraje Española de 1988.⁵³ La Ley de Arbitraje de Brasil contiene un sistema monista ya que es un solo cuerpo normativo que establece las reglas procesales aplicables tanto a arbitrajes domésticos e internacionales, y denomina la ejecución y el reconocimiento de los laudos extranjeros como un «procedimiento de homologación». Por lo tanto, «sólo los laudos dictados por tribunales arbitrales con sede fuera de Brasil deben ser homologados, incluso si las partes son brasileñas y la disputa no es internacional».⁵⁴ Además, según el artículo 35 de la Ley de Arbitraje de Brasil, el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros son decididos únicamente por el Tribunal Superior Federal de Justicia (TSFJ).

Si bien la Ley de Arbitraje de Brasil contiene ciertas diferencias con relación a la Ley Modelo,⁵⁵ en lo que concierne a la causal de orden

⁵² Por aprobación presidencial mediante los Decretos 52, del 25 de abril de 2002, y Decreto 4.311, del 23 de julio de 2002, respectivamente. El artículo 39.2 de la Ley Federal 9.307 de 1996, sigue el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Ver Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, D.O.U. de 24 setembro de 1996 (Brasil), artículo 39.2.

⁵³ Ley 36/1988, diciembre 7, 1988, B.O.E. 293 (España).

⁵⁴ DE ARAUJO, Nadia y Ricardo RAMALHO ALMEIDA. «Chapter 3: Brazil». En GARCÍA, Omar y Hernando OTERO (editores) *Recognition and enforcement of international commercial arbitral awards in Latin America: law, practice and leading cases*. Boston: Brill Nijhoff, 2015, p. 35.

⁵⁵ Por ejemplo, mientras que la Ley Modelo CNUDMI aplica a arbitraje comercial internacional, la Ley Federal aplica a arbitraje doméstico e internacional. Ver también CARMONA, Rogerio y otros. *Arbitration procedures and practice in Brazil: overview*. Recuperado de <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-025-0922?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-025-0922?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)>, p. 4.

público para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, tal diferencia no existe. El artículo 39 de la Ley de Arbitraje de Brasil autoriza la denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo si éste viola el orden público nacional (de manera idéntica a la redacción del artículo 36[1][b] de la Ley Modelo).⁵⁶ En palabras de comentaristas brasileños:

[L]a Corte Superior examina la validez y conformidad del laudo en relación con el orden público nacional antes de decidir si conceder o no el *exequatur* [...] si un laudo es considerado contrario a los principios fundamentales brasileños no será reconocible y ejecutable en Brasil.⁵⁷

Cabe resaltar que, a diferencia de Argentina, la Ley de Arbitraje de Brasil no dispone que los jueces deberán revisar si el laudo es contrario al «orden público internacional» brasileño, sino únicamente al orden público nacional. Esta sección analizará la jurisprudencia hito en que el TSFJ ha resuelto sobre los pedidos de no reconocimiento por violación al orden público, con el objetivo de determinar si el TSFJ se ha limitado a una interpretación legalista (siguiendo la tradición civilista), o si, por el contrario, ha acogido una interpretación más amplia y tendiente a ponderar dentro del orden público nacional, nociones de orden público internacional.

Adicionalmente, la Ley de Arbitraje de Brasil tuvo una reforma sustancial en el año 2015 con el objetivo modernizarla y alinear la legislación arbitral con las prácticas internacionales, inspirándose en la Ley Modelo, en los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales y en las recomendaciones del Instituto International para la Unificación

⁵⁶ Artículo 39.- «La homologación para el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral extranjero también será denegada si el Tribunal Supremo Federal considera que: I. Según la ley brasileña, el objeto de la disputa no es susceptible de ser resuelto por arbitraje; II. La decisión ofende el orden público nacional» (traducción libre: Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: I - Segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - A decisão ofende a ordem pública nacional.) Ver Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, D.O.U. de 24 setembro de 1996 (Brasil), artículo 39.

⁵⁷ CARMONA, Rogerio y otros. *Op. cit.*, p. 22.

del Derecho Privado.⁵⁸ Esta modernización legislativa fue motivada por el crecimiento de disputas resueltas por vía de arbitraje en el país en la última década⁵⁹ y la intención de hacer de Brasil una jurisdicción más deferente con el arbitraje. La reforma tuvo tres ejes centrales: (i) esclarecer nuevos problemas jurídicos presentes en la práctica arbitral y acabar con la incertidumbre jurídica generada por los mismos; (ii) adoptar figuras jurídicas innovadoras aplicadas en la comunidad arbitral internacional; y (iii) actualizar regulaciones relacionadas a los procedimientos disciplinarios de las instituciones arbitrales.⁶⁰ A continuación, exploraremos si se ha cumplido dicha expectativa después de la entrada en vigor de la reforma del año 2015, al analizar la línea jurisprudencial seguida por el TSFJ en la aplicación de la excepción por motivos de orden público según el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

2.2.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes brasileñas

Una selección de seis casos emblemáticos refleja cómo el TSFJ ha interpretado el alcance del orden público como excepción al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en Brasil.

⁵⁸ MACIEL, Raphaella. «The Developments of Arbitration in Brazilian Legal System: Examining Amendments to the Brazilian Arbitration Law, the New Civil Procedure Code, and the Novelty of the Arbitral Letter». En *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2017, p. 409.

⁵⁹ En el periodo entre 2010-2015, el número de arbitrajes en Brasil incrementó en un 73 %. Ver MACIEL, Raphaella. «The Developments of Arbitration in Brazilian Legal System: Examining Amendments to the Brazilian Arbitration Law, the New Civil Procedure Code, and the Novelty of the Arbitral Letter». En *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2017, p. 401. Asimismo, desde 2015 Brasil se encuentra dentro de los 10 países más seleccionados como sede de arbitraje a nivel mundial. Además, entre 2018 y 2019 Brasil ha sido elegido la sede preferida de arbitraje en Latinoamérica y el Caribe. Ver Estadísticas Resolución de Disputas CCI 2015, p. 9, Estadísticas Resolución de Disputas CCI 2016, p. 112, Estadísticas Resolución de Disputas CCI 2017, p. 60, Estadísticas Resolución de Disputas CCI 2018, pp. 21, 34 y Estadísticas Resolución de Disputas CCI 2019, pp. 14, 28.

⁶⁰ LADEIA, Raphaella Maciel. «The Developments of Arbitration in Brazilian Legal System: Examining Amendments to the Brazilian Arbitration Law, the New Civil Procedure Code, and the Novelty of the Arbitral Letter». En *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, abril 2017, n.º 2, vol. 4, pp. 404-406.

En un primer caso del año 2005, Thales Geosolutions Inc. (Thales) contra Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda. (Fonseca) (en conjunto, Thales c. Fonseca),⁶¹ Fonseca argumentó que el tribunal arbitral había desconocido un principio de derecho contractual brasileño para fundamentar su decisión y que, en consecuencia, el laudo no debía ser reconocido por atentar contra el orden público y la soberanía estatal de Brasil.⁶² El TSFJ homologó el laudo y rechazó las alegaciones de Fonseca. El TSFJ razonó ampliamente sobre las complejidades en la definición del orden público, citando comentaristas brasileños que resaltan su dimensión doméstica e internacional, y concluyó que, con todo, «son leyes de orden público: a) las constitucionales; b) las administrativas; c) las de procedimiento; d) las penales; e) las de organización judicial; f) las fiscales; g) las policiales».⁶³ El TSFJ agregó «que el fraude a la ley también se considera en la noción de orden público».⁶⁴

En un segundo caso del año 2006, Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecuaria (Moreno Hermanos) contra Moinho Paulista Ltda. (Moinho) (en conjunto, Moreno Hermanos c. Moinho),⁶⁵ el TSFJ denegó el reconocimiento de un laudo extranjero por motivos de orden público. El

⁶¹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas CNUDMI con sede en Houston. La disputa estaba relacionada con los daños sufridos por Thales Geosolutions Inc. debido a la suspensión de pago en un contrato de servicios suscrito con Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda. Ver S.T.J. 802 Relator: José Delgado, 17/08/2005, D.J. 17/08/2005 (Brasil) (en adelante, sentencia Thales c. Fonseca).

⁶² Sentencia Thales c. Fonseca, p. 6.

⁶³ Traducción libre: «[...] são leis de ordem pública: a) as constitucionais; b) as administrativas; c) as processuais; d) as penais; e) as de organização judiciária; f) as fiscais; g) as de polícia; h) as que protegem os incapazes; i) as que tratam de organização de família; j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bem)», sentencia Thales c. Fonseca, p. 10.

⁶⁴ Traducción libre: «[...] a fraude à lei é, também, considerada na noção de ordem pública», sentencia Thales c. Fonseca, p. 10.

⁶⁵ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas GAFTA con sede en el Reino Unido. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de cuatro contratos de compra y venta. Ver S.T.J. 866 Relator: Felix Fischer, 17/05/2006, D.J. 16/10/2006 (Brasil) (en adelante, sentencia Moreno Hermanos c. Moinho).

TSFJ sostuvo que la cláusula compromisoria era inválida porque Moinho nunca la firmó y una aceptación tácita no era suficiente.⁶⁶ En consecuencia, concluyó que el laudo «ofende al orden público nacional, ya que la competencia del tribunal arbitral depende de la existencia de un convenio arbitral».⁶⁷ El TSFJ no hizo distinción entre el orden público doméstico e internacional y su decisión ha sido ampliamente criticada porque los motivos de rechazo debieron haberse fundamentado en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York en que se «podrá denegar el reconocimiento y la ejecución [del laudo], a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (a) [...] que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido».⁶⁸

En un tercer caso del año 2013 entre Keytrade AG (Keytrade) contra Ferticitrus Indústria e Comércio de Fertilizantes Ltda. (Ferticitrus) (en conjunto, Keytrade c. Ferticitrus),⁶⁹ el TSFJ reconoció un laudo extranjero y rechazó las alegaciones de que su homologación atentaba contra el orden público nacional. Ferticitrus impugnó la homologación por (i) violación al derecho de defensa en la indebida notificación del procedimiento arbitral; y (ii) porque la ley brasileña prohíbe la aplicación de interés compuesto que el tribunal arbitral confirió a favor de Keytrade.⁷⁰ Según el razonamiento del TSFJ:

⁶⁶ Ver sentencia Moreno Hermanos c. Moinho, p. 8. Ver también Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, D.O.U. de 24 setembro de 1996 (Brasil), artículo 4.1.

⁶⁷ Sentencia Moreno Hermanos c. Moinho, p. 9.

⁶⁸ Convención de Nueva York, art. V 1 a). Ver también DE ARAUJO, Nadia y Ricardo RAMALHO ALMEIDA. *Op. cit.*, pp. 38, 46-48. Ver también ALBUQUERQUE, André. «Fifty Years in five?: the Brazilian Approach to the New York Convention». En JEMIELNIAK, Joanna y Przemysław MIKŁASZEWICZ (editores). *Interpretation of law in the global world: from particularism to a universal approach Interpretation of Law in the Global World: from Particularism to a Universal Approach*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010; y VAN DEN BERG, Jan. «The New York Convention and its application by Brazilian Courts». En *Revista de Arbitragem e Mediação*, enero 2013, vol. 36.

⁶⁹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la Ley de Arbitraje del Reino Unido (Arbitration Act 1996) con sede en Londres. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato de compra y venta. Ver S.T.J. 4024 Relatora: Nancy Andrichi, 07/08/2013 D.J. 13/09/2013 (Brasil) (en adelante, sentencia Keytrade c. Ferticitrus).

⁷⁰ Ver sentencia Keytrade c. Ferticitrus, p. 4.

No se trata de que cualquier contravención al ordenamiento jurídico local pueda implicar una ofensa al orden público, de tal suerte que no le compete al [Tribunal Superior de Justicia] hacer un análisis profundo del contenido y/o de la justicia en la decisión extranjera cuando no se ha constatado ninguna malversación de valores fundamentales de la cultura jurídica nacional.⁷¹

Sobre el alcance del orden público, el TSFJ razonó que éste refleja los valores fundamentales de la cultura jurídica brasileña.⁷² Es destacable que en su *dicta* sostuvo, además, que esos valores no están estancados en el tiempo y, precisamente por su naturaleza cambiante, las cortes no deben sancionar todo aquello que atente al orden público sin tener en cuenta la realidad existente.⁷³ Aún cuando el TSFJ no mencionó una dimensión internacional del orden público, enfatizó que el análisis «no tiene por objeto verificar la equidad de la decisión a la luz de[] ordenamiento jurídico [brasileño], sino si se ajusta a ese conjunto de principios y normas consideradas esenciales para la cohesión nacional».⁷⁴

En un cuarto caso del año 2017 entre Asa Bioenergy Holding AG y otros (Grupo Abengoa) contra Adriano Giannetti Dedini Ometto y otros (Grupo Ometto) (en conjunto, Grupo Abengoa c. Grupo Ometto),⁷⁵ el TSFJ denegó la homologación de dos laudos extranjeros. El centro del debate entre los magistrados del TSFJ fue la alegada imparcialidad del presidente del tribunal arbitral por parte del Grupo

⁷¹ Traducción libre: «Não é qualquer contrariedade ao sistema jurídico local que pode implicar ofensa à ordem pública, de tal sorte que descabe ao STJ fazer análise profunda acerca do conteúdo e (ou) da justiça da decisão estrangeira quando não constatada malversação a valores fundamentais da cultura jurídica pátria», sentencia Keytrade c. Fercitrus, p. 6.

⁷² Sentencia Keytrade c. Fercitrus, p. 7.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Los laudos resultaron de dos arbitrajes administrados bajo las reglas de la CCI con sede en Nueva York. La disputa estaba relacionada con la supuesta falta de divulgación de información, incluyendo errores y omisiones cometidos por parte de una de las compañías del Grupo Ometto (Dedini Agro Group GDA) durante el proceso de auditoría, debida diligencia y negociación previa a la venta de dos molinos de producción de azúcar y etanol de dicha compañía al Grupo Abengoa (Asa Bioenergy Holding). Ver S.T.J. 9.412 Relator: Félix Fischer, voto vencedor: João Otávio de Noronha, 19/04/2017, D.J. 30.05.2017 (Brasil) (en adelante, sentencia Grupo Abengoa c. Grupo Ometto).

Ometto y si, de confirmarse, atentaría contra el orden público brasileño. Los magistrados se dividieron entre dos tesis principales que estuvieron íntimamente ligadas con los hechos específicos del caso. La primera tesis sostenía que las alegaciones de imparcialidad ya habían sido decididas dentro de acciones de nulidad interpuestas ante las cortes federales en Estados Unidos por el Grupo Ometto. Así, las confirmaciones de los laudos por parte de las cortes en la sede del arbitraje tenían efecto de cosa juzgada e impedían a las cortes brasileñas concluir en sentido contrario en sede de homologación.

La segunda tesis sostenía que

[L]a violación del principio de imparcialidad equivale a violar el principio y garantías constitucionales fundamentales de la República Federativa de Brasil [y por tanto] se trata de una materia de interés público, [y] de orden público, que no está sujeta a preclusión.⁷⁶

En este sentido, la segunda tesis entendía que, al no haber preclusión, era irrelevante que las cortes de Estados Unidos hubieran decidido sobre el asunto, ya que esta decisión no era vinculante para el TSFJ, que tiene la competencia para realizar «juicio de valor sobre el respeto a la soberanía y al orden público nacional [...] para realizar el control efectivo de la decisión extranjera antes de reconocer su eficacia en el territorio nacional».⁷⁷

La segunda tesis tuvo el voto mayoritario del TSFJ que concluyó diciendo que la imparcialidad del adjudicador es una garantía del debido proceso, y su inobservancia ofende directamente el orden público

⁷⁶ Traducción libre: «A violação ao princípio da imparcialidade equivale a violar princípio e garantias constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, trata-se de matéria de interesse público, de ordem pública e não sujeita à preclusão», sentencia Grupo Abengoa c. Grupo Ometto, p. 45.

⁷⁷ Traducción libre: «[...] juízo de valor acerca do respeito à soberania e à ordem pública nacional, o STJ possui ampla liberdade para realizar o efetivo controle da decisão estrangeira antes de reconhecer sua eficácia no território nacional», sentencia Grupo Abengoa c. Grupo Ometto, p. 30.

nacional.⁷⁸ El voto vencedor del magistrado João Otávio de Noronha estableció que la interpretación del orden público debe hacerse «de forma finalista, repeliendo sólo aquellos actos y efectos jurídicos absolutamente incompatibles con el ordenamiento jurídico brasileño, incompatibilidad que debe ser demostrada de forma flagrante y contundente».⁷⁹

En un quinto caso del año 2018, Dampskibsselskabet Norden As (Norden) contra Zamin Amapa Mineração S. A. (Zamin) (en conjunto, Norden c. Zamin),⁸⁰ el TSFJ concedió por unanimidad la homologación del laudo por parte de Norden a pesar de la objeción de Zamin que planteó la excepción de no homologación por contrariar el orden público brasileño. Zamin sostuvo que los árbitros vulneraron sus derechos de defensa y participación del procedimiento, ya que el arbitraje se llevó a cabo en su ausencia por su imposibilidad de afrontar los gastos del proceso debido a una grave crisis económica que llevó a su liquidación judicial.⁸¹ Sin embargo, el TSFJ consideró que no había motivos para entender la ocurrencia de una pérdida de defensa ya que la insolvencia de Zamin ocurrió después del inicio del arbitraje, y su continuación en el proceso podía producirse de distintas maneras, incluso sin la representación de abogados.⁸² Frente al alcance del orden público, el TSFJ resaltó «que se trata de un concepto jurídico indeterminado, con una textura extremadamente abierta y, por lo tanto, permeable a los valores esenciales del ordenamiento jurídico».⁸³ También agregó que en materia

⁷⁸ Sentencia Grupo Abengoa c. Grupo Ometto, p. 31.

⁷⁹ «[D]e forma finalística, repeliendo apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro, incompatibilidade que deve mostrar-se de forma flagrante e pungente», sentencia Grupo Abengoa c. Grupo Ometto, p. 30.

⁸⁰ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la Ley de Arbitraje del Reino Unido (Arbitration Act 1996) con sede en Londres. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato de transporte de mineral de hierro. Ver S.T.J. 15.7650 Relatora: Nancy Andrichi, 21/11/2018, D.J. 27/11/2018 (Brasil) (en adelante, sentencia Norden c. Zamin).

⁸¹ Ver sentencia Norden c. Zamin, p. 9.

⁸² *Idem*, p. 10.

⁸³ Traducción libre: «Que se trata de um conceito legal indeterminado, de textura extremamente aberta e, assim, permeável aos valores essenciais da ordem jurídica», sentencia Norden c. Zamin, p. 9.

de derecho internacional privado «el concepto de orden público tiene la función de apartar el derecho extranjero cuando está en desacuerdo con el ordenamiento jurídico nacional».⁸⁴ En este caso el TSFJ resaltó la importancia del orden público en su contexto nacional, y por oposición al derecho extranjero que lo pueda contradecir, sin ahondar en la dimensión internacional del orden público brasileño.

En un sexto caso del año 2019, BBC Chartering Carriers Gmbh Co Kg (BBC Chartering) contra Primavera Importação E Exportação De Cereais Ltda. (Primavera) (en conjunto, BBC Chartering c. Primavera),⁸⁵ el TSFJ concedió la homologación del laudo arbitral extranjero y rechazó los argumentos invocados por Primavera (sobre su falta de consentimiento en el pacto arbitral e indebida notificación) como causales para aplicar la excepción de no reconocimiento por razones de orden público. Con relación a la falta de consentimiento en el pacto arbitral, y en un cambio jurisprudencial frente al precedente en *Moreno Hermanos c. Moinho*,⁸⁶ el TSFJ concluyó que dichas alegaciones no tenían lugar ya que del conjunto de documentos y negociaciones entre las partes se infería que el demandado fue parte de los negocios y de la cláusula arbitral a través de las actuaciones de su agente.⁸⁷ Con respecto a las alegaciones de indebida notificación, el TSFJ concluyó similar a la línea de *Keytrade c. Ferticitrus*,⁸⁸ al sostener que Primavera fue notificada tanto por correo electrónico como por mensajería y que fue su decisión guardar silencio, y permitir que el proceso se desarrollase.⁸⁹ Sobre este último aspecto, el

⁸⁴ Traducción libre «O conceito de ordem pública tem a função de afastar o direito estrangeiro quando estiver em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio», sentencia *Norden c. Zamin*, p. 9.

⁸⁵ El laudo resultó de un arbitraje con sede en Nueva York. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato de granos de soya. Ver S.T.J. 1.236 Relator: Felix Fischer, 01/02/2019, D.J. 04/02/3019 (Brasil) (en adelante, sentencia BBC Chartering c. Primavera).

⁸⁶ Ver Sentencia *Moreno Hermanos c. Moinho*, pp. 4, 6, 12.

⁸⁷ Ver Sentencia BBC Chartering c. Primavera, pp. 4-5.

⁸⁸ Ver Sentencia *Keytrade c. Ferticitrus*, pp. 2, 6-7.

⁸⁹ Ver Sentencia BBC Chartering c. Primavera, pp. 5-6.

TSFJ analizó la potencial violación al orden público bajo un criterio puramente doméstico citando el artículo 39 de la Ley de Arbitraje de Brasil, según el cual:

*No se considerará una ofensa al orden público nacional la realización de la citación de la parte residente o domiciliada en Brasil, según la convención de arbitraje o la ley procesal del país donde el arbitraje tuvo lugar, admitiendo, incluso, la citación postal con prueba inequívoca de recepción, siempre que asegure el tiempo suficiente para el ejercicio de derecho de defensa a la parte brasileña.*⁹⁰ (Énfasis nuestro)

En este caso en concreto, el TSFJ se limitó en citar una norma positivada en la Ley de Arbitraje de Brasil que señala explícitamente que los argumentos de indebida notificación no justifican una alegación de transgresión al orden público. Este hecho permitió al TSFJ motivar su decisión sin la necesidad de ahondar en mayor detalle sobre la dimensión internacional del orden público.

2.2.2. Puntos clave del enfoque brasileño sobre el orden público y el arbitraje

El amplio desarrollo jurisprudencial del TSFJ, y del que hemos tomado apenas una muestra de sus casos hito para el propósito de este capítulo, tiene tres aspectos a resaltar en esta reflexión preliminar.

En primer lugar, la línea jurisprudencial del TSFJ es uniforme en lo que concierne a la limitada injerencia de las cortes brasileñas en sede de homologación. Esta aproximación es destacable frente a la región latinoamericana y coincide con las mejores prácticas del arbitraje internacional ampliamente aceptadas.

⁹⁰ Traducción libre: «Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa». Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, D.O.U. de 24 setembro de 1996 (Brasil) artículo 39 párr. único.

En segundo lugar, la línea jurisprudencial sobre el contenido y alcance del orden público como causal válida para la excepción en la homologación de laudos está lejos de ser uniforme o clara en su interpretación y alcance. De la muestra referenciada en esta sección se hace evidente la tendencia a priorizar la noción doméstica del orden público, y una deferencia al orden público internacional todavía incipiente por parte del TSFJ. El precedente de *Thales c. Fonseca* marcó un paso importante en que el TSFJ discutió la complejidad en definir el orden público, incluyendo su dimensión internacional. Pero ésta no fue la tendencia en la mayoría de los casos reseñados que le siguieron hasta el año 2013 en el caso *Keytrade c. Ferticitrus*. De hecho, llama la atención que en la sentencia de *Grupo Abengoa c. Grupo Ometto*, no se hizo una única mención al carácter internacional del orden público a pesar de ser una sentencia excepcionalmente extensa del TSFJ.

Cierto es que Brasil ha concedido la ejecución y el reconocimiento de la mayoría de los laudos extranjeros solicitados ante el TSFJ⁹¹ (e incluso cuando las partes perdedoras han alegado la violación del orden público doméstico como estrategia para impedir su homologación).⁹² Con todo, llama la atención que el TSFJ ha mantenido una tendencia en equiparar las falencias procesales como una cuestión de orden público, supuesto que ha sido consistente en las decisiones de *Thales c. Fonseca*, *Moreno Hermanos c. Moinho*, *Keytrade c. Ferticitrus* y *Norden c. Zamin*.⁹³ Pero es el artículo v(1) de la Convención de Nueva York el que

⁹¹ Para una lista detallada y actualizada en 2015, véase DE ARAUJO, Nadia y Ricardo RAMALHO ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 46.

⁹² De hecho, una encuesta realizada por el Comité de Arbitraje Brasileño concluyó que entre 2008 y 2015 de 61 decisiones en este periodo, únicamente en 8 ocasiones (5 completamente y 3 parcialmente), el TSFJ denegó el reconocimiento de un laudo extranjero bajo la causal de violación al orden público de Brasil. Ver LEMGRUBER, Maria Eduarda. «Recognition of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Decision One Year On». En *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. Recuperado de <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/03/recognition-foreign-arbitral-awards-brazil-abengoa-decision-one-year/>>.

⁹³ En *Moreno Hermanos c. Moinho*, el TSFJ decidió que el hecho de no haber existido una aceptación expresa (escrita) de la cláusula arbitral constituía una ofensa al orden público

contiene las causales en que se podría denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral cuando a instancia de la parte se demuestran fallas al debido proceso, incluidas entre otras, la indebida notificación o decisiones *extra petita* por parte del tribunal arbitral. La diferencia frente al artículo V(2), que incluye la potestad que tienen las cortes domésticas de denegar el reconocimiento, incluso *motu proprio*, cuando el laudo contraría el orden público, genera preguntas sobre la posible aplicación antitécnica del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York por parte del TSFJ.

En tercer lugar, no se destaca una relación de causalidad entre la reforma a la Ley de Arbitraje de Brasil del año 2015 y avances en esta cuestión específica. El TSFJ no se ha virado a interpretar la noción de orden público desde una dimensión internacional y, por el contrario, se ha concentrado en su dimensión predominantemente doméstica. Esto sin perjuicio de la extensa jurisprudencia que confirma que la denegación basada en formalidades indica una actitud favorable de Brasil hacia el arbitraje.⁹⁴ En virtud de los precedentes analizados es posible concluir que el TSFJ ha interpretado la excepción del debido proceso delimitando su aplicación a los principios básicos de un proceso justo, evitando así que meras formalidades se interpongan y tengan un rol decisivo en el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

brasileño, ya que «el reconocimiento de la competencia de un tribunal arbitral depende de la existencia de un convenio arbitral». El TSFJ razonó que dicho convenio, según el artículo 4 de la legislación brasileña, debe constar por escrito. Sentencia Moreno Hermanos c. Moinho, pp. 1, 8. Por otro lado, en Thales c. Fonseca, Keytrade c. Ferticitru y Norden c. Zamin, si bien el TSFJ no denegó el reconocimiento de dichos laudos, su razonamiento se basó en determinar si las violaciones procedimentales eran lo suficiente flagrantes para considerarse violatorias al orden público brasileño.

⁹⁴ Por ejemplo, en Norden c. Zamin y BBC Chartering c. Primavera, el TSFJ encontró que los demandados fueron debidamente notificados, conocían del procedimiento arbitral, tuvieron la posibilidad de continuar su defensa y permitieron la continuación del proceso en rebeldía.

2.3. Colombia

Colombia adoptó la Convención de Nueva York a través de la Ley 39, de 1990.⁹⁵ La regulación arbitral está contenida en la Ley 1563 de 2012⁹⁶ (Estatuto Arbitral de Colombia), que incorporó la Ley Modelo para arbitrajes internacionales con algunas modificaciones. A diferencia de Brasil, el Estatuto Arbitral tiene reglas específicas para el arbitraje internacional y nacional. Es decir que Colombia, al igual que Argentina, tiene un régimen dualista. También al igual que Brasil, los laudos emitidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentra fuera del territorio colombiano son considerados laudos extranjeros.⁹⁷ El reconocimiento de laudos extranjeros es decidido por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (cuando una de las partes es considerada una entidad estatal colombiana).⁹⁸ La ejecución, sin embargo, debe solicitarse ante los tribunales de primera instancia en materia civil y comercial, o ante los tribunales administrativos cuando una de las partes es una entidad estatal.

El artículo 112(b)(ii.) del Estatuto Arbitral está basado en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo. Similar a lo que ocurrió con la LACI en Argentina, Colombia también fue un paso más allá para delimitar que la causal para denegar el reconocimiento de laudos extranjeros en territorio colombiano se activa «[c]uando la autoridad judicial competente compruebe [...] [q]ue el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público *internacional de Colombia*»⁹⁹ (énfasis nuestro). Algunos comentaristas han señalado sobre dicha disposición, que en Colombia «toda violación de una norma de orden público internacional es una violación del orden público interno,

⁹⁵ Ley 39, noviembre 23, 1990, Diario Oficial [D.O. 39587] (Colombia).

⁹⁶ Ley 1563, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O. 48489] (Colombia).

⁹⁷ Ley 1563, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O. 48489] (Colombia), artículo 111.3.

⁹⁸ Ley 1563, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O. 48489] (Colombia), artículo 68.

⁹⁹ Ley 1563, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O. 48489] (Colombia), artículo 112.b).ii.

pero no toda violación de una norma de orden público interno es una violación del orden público internacional». ¹⁰⁰

Dicho de otra manera, Colombia hace parte de los países que han modificado la redacción de la Convención de Nueva York para tener un estándar más restringido en la interpretación del orden público como causal excepcional de rechazo al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en territorio colombiano. A continuación, analizaremos si la expectativa del legislador se ha cumplido en la práctica, al estudiar cómo la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han interpretado la diferencia entre el orden público internacional y el orden público doméstico en Colombia.

2.3.1. De la excepción al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales por contrariar el orden público en las cortes colombianas

Ocho casos reflejan cómo las cortes colombianas han interpretado el alcance del orden público como excepción al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en su jurisdicción.

En un primer caso del año 2011, Petrotesting Colombia S. A. y Southeast Investment Corporation (Petrotesting) contra Ross Energy S. A. (Ross Energy) (en conjunto, Petrotesting c. Ross Energy), ¹⁰¹ la Corte Suprema de Justicia (CSJ) reconoció un laudo extranjero y sostuvo que «la noción de “orden público” en el “Derecho Internacional Privado”

¹⁰⁰ ZULETA, Eduardo y Rafael RINCÓN. «Interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York en Colombia». En BERMANN, George (editor). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017, p. 234.

¹⁰¹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la American Arbitration Association (AAA) con sede en Nueva York. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un acuerdo de operaciones conjuntas entre las partes. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] julio 27, 2011, Radicación 50168T0008205 (Colombia) (en adelante, Sentencia Petrotesting c. Ross Energy).

[...] es diferente a la concebida en áreas como el [Derecho] “Constitucional” y el “Privado Interno”». ¹⁰² La CSJ hizo referencia a jurisprudencia y doctrina de Alemania, España, y Estados Unidos para ilustrar la diferencia ¹⁰³ y concluyó que «el concepto que acoge el “Derecho Internacional Privado” es el de “orden público internacional” que difiere de la noción de “orden público interno”». ¹⁰⁴

La CSJ enfatizó en la aplicación limitada de la excepción de orden público y estableció que no hay impedimento para que un país aplique leyes extranjeras que, aunque difieran de la normativa interna, no choquen con los principios básicos de sus instituciones. ¹⁰⁵ Según la CSJ, la excepción del orden público internacional únicamente es razonable cuando la normativa extranjera se basa en principios que no son sólo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en el que se pretende aplicar. ¹⁰⁶ Solamente entonces los jueces pueden negarse excepcionalmente a aplicar la ley o la decisión extranjera. La relevancia de esta decisión está en la contundencia de su razonamiento, que pretende despejar cualquier duda sobre su interpretación del orden público. Al igual que el TSFJ en el caso *Thales c. Fonseca*, ¹⁰⁷ la CSJ proporcionó ejemplos de los principios básicos protegidos bajo la noción de orden público, tales como: «la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso». ¹⁰⁸

En un segundo caso del año 2011, *Drummond Ltd. (Drummond) contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia S. A. y otros (Fenoco)* (en

¹⁰² Sentencia *Petrotesting c. Ross Energy*, p. 38.

¹⁰³ Ver sentencia *Petrotesting c. Ross Energy*, pp. 38-40.

¹⁰⁴ Sentencia *Petrotesting c. Ross Energy*, pp. 39.

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 45-47.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 39.

¹⁰⁷ Sentencia *Thales c. Fonseca*, p. 10.

¹⁰⁸ Sentencia *Petrotesting c. Ross Energy*, p. 47.

conjunto, *Drummond c. Fenoco*),¹⁰⁹ la CSJ reconoció tres laudos extranjeros.¹¹⁰ La CSJ ratificó el precedente en *Petrotesting c. Ross Energy* al reiterar su interpretación sobre la diferencia entre el orden público internacional y el interno.¹¹¹ También sostuvo que para reclamar una violación del orden público, la discrepancia debe ser de tal magnitud que su ejecución no sea posible a nivel nacional y no un simple desacuerdo.¹¹²

En un tercer caso del año 2016, *HTM LLM (HTM) contra Fomento de Catalizadores, FOCA S. A. S. (FOCA)* (en conjunto, *HTM c. FOCA*),¹¹³ FOCA impugnó el reconocimiento del laudo e invocó la invalidez de la cláusula arbitral por contrariar el orden público colombiano.¹¹⁴ La CSJ reconoció el laudo extranjero y sostuvo nuevamente que la noción del orden público en la Convención de Nueva York se refiere al orden público internacional.¹¹⁵ En esta línea, la CSJ ratificó el precedente en *Petrotesting c. Ross Energy*,¹¹⁶ y citó precedentes jurisprudenciales en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras, aunque no relacionadas con el arbitraje, para reafirmar que:

¹⁰⁹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la CCI con sede en París. La disputa estaba relacionada con un contrato en el que Ferrocarriles Nacionales de Colombia S. A. transportaría carbón de una de las minas de Drummond Ltd. por un plazo de treinta años, y las alegaciones de incumplimiento invocadas por Drummond Ltd. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] diciembre 19, 2011, Sentencia 1100102030002008-01760-00 (Colombia) (en adelante, *sentencia Drummond c. Fenoco*).

¹¹⁰ Un laudo parcial del 25 de julio de 2005, un *adendum* del 7 de noviembre de 2005, y el laudo final del 10 de junio de 2006. Ver Sentencia Drummond c. Fenoco, p. 1.

¹¹¹ Sentencia Drummond c. Fenoco, p. 30.

¹¹² *Idem*, p. 33.

¹¹³ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la CCI con sede en Houston. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de un contrato de agencia y los daños reclamados por HTM LLM. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] junio 24, 2016, Sentencia SC8453-2016 (Colombia) (en adelante, *sentencia HTM c. FOCA*).

¹¹⁴ Fomento de Catalizadores, FOCA S. A. S. argumentó que el Código de Comercio colombiano establecía que los contratos de agencia realizados en territorio colombiano debían estar sujetos a la ley colombiana, y que dicha norma era de orden público. Ver Sentencia HTM c. FOCA, p. 5.

¹¹⁵ Ver Sentencia HTM c. FOCA, pp. 28-29.

¹¹⁶ Al citar el mismo análisis comparativo de las diferencias entre el orden público nacional e internacional en las cortes de Alemania, España, y Estados Unidos. Ver Sentencia HTM c. FOCA, pp. 31-33, citando la *sentencia Petrotesting c. Ross Energy*.

[El] «orden público» es [...] un problema de justicia que obliga a advertir la evolución de ese concepto en el espacio y en el tiempo, *examen que por lo tanto ha de adecuarse siempre a criterios jurídicos actualmente en vigor y no a la consulta literal de disposiciones que [...] traen como resultado el hacer prevalecer un «orden público» defensivo y destructivo, no así el «orden público» dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo.*¹¹⁷ (Énfasis del texto original)

Además, la CSJ profundizó en su interpretación acerca del alcance del concepto del orden público al razonar que:

[E]xisten dos tipos de normas imperativas, aquéllas que se consideran de «orden público de dirección» y las de «orden público de protección». Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico.

Solamente las de «orden público de dirección» interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de «orden público internacional» del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.¹¹⁸

Finalmente, la CSJ desestimó la impugnación de HTM al afirmar que la norma interna era una norma de orden público de protección y, por lo tanto, la inconsistencia del laudo extranjero con las normas domésticas colombianas no era razón suficiente para negar el reconocimiento del laudo.¹¹⁹

¹¹⁷ Sentencia HTM c. FOCA, pp. 29-30, citando la decisión de la Corte Suprema de Justicia [C.S.J] noviembre 5, 1996, Sentencia Rad. 6130 (Colombia).

¹¹⁸ Sentencia HTM c. FOCA, pp. 39-40.

¹¹⁹ *Idem*, pp. 40-41.

En un cuarto caso del año 2016, Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. (Egesur) contra Gas Consultores Ltda. y otros (Consorcio Pisco) (en conjunto, Egesur c. Consorcio Pisco),¹²⁰ la CSJ nuevamente reiteró el estándar limitado de apreciación en la excepción de orden público y citó la regla en *Petrotesting c. Ross Energy*.¹²¹ La CSJ también se pronunció sobre el escrutinio limitado en el reconocimiento de laudos extranjeros, que no debe versar sobre el mérito de la disputa,¹²² y en la diferencia entre el orden público interno e internacional.¹²³ Y, finalmente, concluyó que en el reconocimiento de laudos extranjeros:

No compete a la Corte revisar las normas sustanciales que abrigan una decisión para que coincidan de manera exacta con las colombianas porque ello significaría que para efectos del reconocimiento todas las normas deberían ser literalmente iguales a las colombianas, inspiradas en los mismos principios de nuestra nacionalidad, lo cual de paso traduciría que la Corte irracionalmente desconocería la soberanía y autodeterminación de otros Estados para otorgarse sus propias leyes, generando una intromisión política indebida. Por ello, se reitera, la concesión del reconocimiento, pasa simplemente por un control formal de tal manera que no afecte lo esencial del ordenamiento interno, sus valores y principios constitucionales.¹²⁴

Dos casos decididos en el año 2017 confirmaron la interpretación restrictiva de la CSJ sobre orden público como causal excepcional en el no reconocimiento de laudos extranjeros. En una sentencia del mes de

¹²⁰ El laudo resultó de un arbitraje institucional administrado bajo las reglas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de Perú con sede en Perú. La disputa estaba relacionada con un contrato construcción de construcción de un gaseoducto en Perú. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] septiembre 7, 2016, Sentencia SC-12467-2016 (Colombia) (en adelante, sentencia Egesur c. Consorcio Pisco).

¹²¹ Ver Sentencia Egesur c. Consorcio Pisco, pp. 9-10.

¹²² «[E]l propósito de un *exequatur*, y con mayor rigor, del reconocimiento de laudos, como tarea jurisdiccional de la Sala, no es transformarse en un mecanismo revisorio o de juzgamiento del *indiciu rescidens* de la decisión objeto de homologación como, por ejemplo, para establecer si se aplicaron determinadas cláusulas que consigna el derecho nacional o para escrutar la justificación o la certeza de la decisión judicial o arbitral», sentencia Egesur c. Consorcio Pisco, p. 24.

¹²³ Ver Sentencia Egesur c. Consorcio Pisco, p. 22.

¹²⁴ *Idem*, pp. 25-26.

julio de 2017, Tampico Beverages Inc. (Tampico) contra Productos Naturales de la Sabana S. A. (Alquería) (en conjunto, Tampico c. Alquería),¹²⁵ la CSJ reconoció el laudo extranjero, reafirmando su precedente en *Petrotesting c. Ross Energy* y *HTM c. FOCA*.¹²⁶ En este caso, la CSJ se refirió al impacto del reconocimiento de laudos extranjeros en la esfera internacional y explicó que esto justifica «que se busque una hermenéutica que trascienda la esfera nacional y que propenda por un entendimiento común o, por lo menos, armónico con la conceptualización realizada por estrados judiciales de otros países».¹²⁷ Lo más destacable de la decisión en *Tampico c. Alquería* es que la CSJ introdujo el término «pro ejecución» al señalar que: «para concretar la noción de orden público es necesario acudir al principio pro ejecución, con el fin de evitar hermenéuticas extensivas y acotar su alcance a los mínimos esenciales, así como resolver los casos dudosos a favor del reconocimiento».¹²⁸

Adicionalmente, en un caso decidido en el mes de octubre de 2017, AAL Group Limited (AAL) contra Vertical de Aviación S. A. (Vertical) (en conjunto, AAL c. Vertical),¹²⁹ la CSJ reconoció un laudo extranjero y ratificó sus precedentes en *HTM v. Foca*¹³⁰ y *Egesur c. Consorcio*

¹²⁵ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de CCI con sede en Chile. La disputa estaba relacionada con la terminación del contrato de licencia de marca celebrado entre las partes y los daños alegados por Tampico Beverages Inc. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] julio 12, 2017, Sentencia SC9909-2017 (Colombia) (en adelante, *sentencia Tampico c. Alquería*).

¹²⁶ Ver *sentencia Tampico c. Alquería*, p. 40.

¹²⁷ *Idem*, p. 18. La Corte Suprema de Justicia también agregó que en consecuencia se excluye «la posibilidad de acudir a los estándares locales para desentrañar el contenido de las prescripciones transnacionales, o para complementarlas, pues con esto se atentaría la mencionada internacionalidad», *sentencia Tampico c. Alquería*, p. 19.

¹²⁸ *Idem*, p. 40.

¹²⁹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) con sede en Londres. La disputa estaba relacionada con el incumplimiento de los contratos de arrendamiento y mantenimiento de helicópteros suscritos entre las partes y los incumplimientos alegados por AAL Group Limited. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] octubre 30, 2017, Sentencia SC17655-2017, (Colombia) (en adelante, *sentencia AAL c. Vertical*).

¹³⁰ Ver *sentencia AAL c. Vertical*, p. 19.

Pisco.¹³¹ Adicionalmente, la CSJ hizo un análisis comparativo del estándar limitado de interpretación del orden público en Estados Unidos, Australia, Alemania, Reino Unido, Italia, y Rusia, dentro de su razonamiento.¹³²

En casos más recientes, la CSJ ha continuado en esta línea, desarrollando y enriqueciendo la jurisprudencia con respecto al concepto del orden público internacional. Por ejemplo, en el caso del año 2018, Innovation Worldwide DMCC (DMCC) contra Carboexco C.I. Ltda. (Carboexco) (en conjunto, DMCC c. Carboexco),¹³³ la CSJ reconoció un laudo extranjero y ratificó la regla jurisprudencial en Petrotesting c. Ross Energy¹³⁴ y HTM c. FOCA.¹³⁵ La CSJ razonó que la mayoría de los doctrinantes que han estudiado la noción del orden público «se sitúa[n] en una corriente restrictiva o minimalista»,¹³⁶ y que, incluso, algunos comentaristas defienden que la excepción «se debe aplicar en atención a criterios todavía más reducidos que los utilizados para denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias jurídicas

¹³¹ *Idem*, p. 24.

¹³² Sentencia AAL c. Vertical, pp. 22-23.

¹³³ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid con sede en Madrid. La disputa estaba relacionada con el alegado incumplimiento de un contrato de compraventa de coque metalúrgico. Ver Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] marzo 23, 2018, Sentencia SC877-2018, (Colombia) (en adelante, sentencia DMCC c. Carboexco).

¹³⁴ La Corte Suprema de Justicia citó nuevamente el mismo análisis comparativo de las diferencias entre el orden público nacional e internacional en las cortes de Alemania, España, y Estados Unidos. Ver sentencia DMCC c. Carboexco, pp. 24-25, citando la sentencia Petrotesting c. Ross Energy.

¹³⁵ Si bien la Corte Suprema de Justicia no citó la Sentencia HTM c. FOCA, uso el mismo lenguaje para referirse a la distinción entre las normas de orden público de dirección y de protección. De esta manera reiteró que: «Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico. Solamente las de «orden público de dirección» interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de “orden público internacional” del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral», sentencia DMCC c. Carboexco, pp. 30-31. Ver también sentencia HTM c. FOCA, pp. 39-40.

¹³⁶ Sentencia DMCC c. Carboexco, p. 26.

internacionales». ¹³⁷ En esta decisión la CSJ de justicia también enfatizó que «el concepto de “orden público internacional” de un país no puede ser confundido con el “orden público interno” de ese Estado». ¹³⁸

Además, la CSJ realizó una distinción entre el «orden público internacional sustantivo» y el «orden público internacional procesal», estableciendo que en la primera categoría se encontrarían encuadrados principios fundamentales como el no abuso del derecho, la buena fe, la fuerza obligatoria del contrato, entre otros, mientras que en la segunda se encuentran incluidas garantías fundamentales del proceso «que permitan asegurar la defensa y un juicio ecuaníme [...] [y la] oportunidad razonable a la defensa, igualdad entre las partes y un procedimiento justo ante un juzgador imparcial». ¹³⁹ La CSJ llegó a la conclusión que sólo podrá denegar el reconocimiento del laudo si una vez considerados el orden público internacional procesal y sustantivo, se «desiona[n] los valores y principios básicos o fundamentales en que se inspiran las instituciones jurídicas del ordenamiento patrio». ¹⁴⁰

Ahora bien, la jurisprudencia de la Consejo de Estado (CE) que, como se dijo es el máximo tribunal que decide el reconocimiento de laudos extranjeros cuando existen partes estatales en la controversia, ha utilizado criterios de interpretación similares a los de la CSJ en materia de reconocimiento de laudos extranjeros. En un caso del año 2020, Isolux Ingeniería S. A. S. (Isolux) contra Bioenergy Zona Franca S. A. S. (Bioenergy) (en conjunto, Isolux c. Bioenergy), ¹⁴¹ el CE reconoció tres

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Idem*, p. 30.

¹³⁹ *Idem*, p. 28.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 29.

¹⁴¹ El laudo resultó de un arbitraje administrado bajo las reglas de la CCI con sede en Houston. La disputa estaba relacionada con el alegado incumplimiento de un contrato de construcción. Ver Consejo de Estado [C.E.], Sala Cont. Admtivo., abril 17, 2020, Radicación 11001-03-26-000-2019-00015-00, (Colombia) (en adelante, sentencia Isolux c. Bioenergy).

laudos extranjeros¹⁴² y analizó la potencial contravención al orden público internacional procesal y sustantivo de manera oficiosa. Cabe resaltar que el salvamento de voto de uno de los magistrados agregó que de lo dicho en el fallo

[...] no puede inferirse que cualquier desatención de las normas procesales —sin impacto alguno en la resolución de la controversia— implicaría una trasgresión al orden público internacional. Deducciones de este tipo no compaginan con el orden público convencional de la institución arbitral.¹⁴³

2.3.2. Puntos clave del enfoque colombiano sobre el orden público y el arbitraje

Como lo demuestran los dos primeros casos del año 2011 (Petrotesting c. Ross Energy y Drummond c. Fenoco), la CSJ ha interpretado la diferencia entre el orden público internacional y el orden público doméstico al decidir sobre el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, incluso antes de la entrada en vigor del Estatuto Arbitral de Colombia en el año 2012. Indiscutiblemente, el estándar restrictivo de la CSJ no fue el resultado de la adopción de la Ley Modelo en Colombia. Tampoco fue una consecuencia de modificar la redacción de la Ley Modelo para decir que sólo la violación al «orden público internacional de Colombia»¹⁴⁴ justifica su excepcional rechazo a laudos extranjeros. Por el contrario, la CSJ ha sido consistente y sistemática en su interpretación del orden público nacional separado del orden público internacional, en amplia jurisprudencia de la cual se destacan estos casos emblemáticos reseñados en esta sección.

A diferencia de las cortes en Argentina y Brasil, la CSJ se ha dedicado a abordar los límites en la excepción por motivos de orden público

¹⁴² Laudo Final [d]el 10 de junio de 2016 y el Addendum y Decisión al Laudo Final [d]el 28 de octubre de 2016, sentencia Isolux c. Bioenergy, p. 4.

¹⁴³ Sentencia Isolux c. Bioenergy, p. 31.

¹⁴⁴ Ley 1563, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O. 48489] (Colombia) artículo 112.b).ii.

de una manera rigurosa y detallada en sus precedentes. La CSJ ha ido delimitado, cada vez con mayor precisión, el estándar aplicable para que una violación de orden público internacional justifique la denegación de un laudo extranjero en Colombia. Las decisiones en *Petrotesting c. Ross Energy* y *AAL c. Vertical* son ejemplos de cómo CSJ ha intentado reconciliar la noción del orden público más allá de criterios puramente civilistas y domésticos, invocando jurisprudencia internacional por su carácter persuasivo para hacer una interpretación más holística de la noción de orden público en el espíritu de la Convención de Nueva York.

También, como se extrae de la regla en *HTM c. FOCA*, la CSJ rechaza la interpretación del orden público desde una perspectiva defensiva. Por el contrario, la CSJ ha invitado a entender el orden público como un concepto «dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo».¹⁴⁵ Quizá más destacable aun es el hecho de que la CSJ no se ha limitado a sólo dar ejemplos de normas que caben bajo la noción de orden público internacional en Colombia, sino que ha propuesto verdaderos tests hermenéuticos para aplicar el estándar de revisión. Éste es el caso en *HTM c. FOCA* en que la CSJ planteó la existencia de normas de orden de público «de dirección y de protección», y cómo sólo las primeras interesan en el campo del orden público internacional.¹⁴⁶ Caso similar ocurrió en *DMCC c. Carboexco*, en donde la CSJ mencionó que, al existir un orden público internacional procesal, y un orden público internacional sustantivo, el rechazo al reconocimiento de un laudo extranjero sólo se justifica cuando se lesionan los principios básicos o fundamentales que inspiran todo el ordenamiento jurídico colombiano.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] junio 24, 2016, Sentencia SC8453-2016 (Colombia), citando la decisión de la Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] noviembre 5, 1996, Sentencia Rad. 6130 (Colombia).

¹⁴⁶ «[S]olamente las de “orden público de dirección” interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de “orden público internacional” del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral», sentencia *HTM c. FOCA*, p. 40.

¹⁴⁷ Sentencia *DMCC c. Carboexco*, p. 29.

Es interesante resaltar que la CSJ no ha tenido inconveniente en hacer ponderaciones en el marco de la política pública al afirmar en *Egesur c. Consorcio Pisco* que su injerencia restrictiva en sede de reconocimiento responde al objetivo del Estatuto Arbitral de Colombia de dar seguridad jurídica a la inversión extranjera en el país a través de «un sistema de solución de controversias racional y estable».¹⁴⁸ La CSJ agregó en sentido similar en *Tampico c. Alquería*, que «para concretar la noción de orden público es necesario acudir al principio pro ejecución, con el fin de evitar hermenéuticas extensivas y acotar su alcance a los mínimos esenciales, así como resolver los casos dudosos a favor del reconocimiento».¹⁴⁹ Por su parte, el Consejo de Estado ha seguido la misma interpretación discreta de la CSJ en materia de reconocimiento de laudos extranjeros, lo que no es menos destacable teniendo en cuenta que son dos de las altas cortes en esta jurisdicción.¹⁵⁰

3. CONCLUSIÓN

Como evidencia la muestra jurisprudencial de casos emblemáticos en las cortes de Argentina, Brasil y Colombia reseñada en este capítulo, no existe consistencia en el alcance del orden público nacional ni del estándar aplicable a los pedidos de no reconocimiento por el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Muy por el contrario, las cortes en Argentina, Brasil y Colombia tienen un entendimiento disímil de cuáles cuestiones son abarcadas por la noción de orden público en sus jurisdicciones. Con excepción del caso colombiano, las cortes han optado por no abordar la problemática a profundidad, especialmente en lo que concierne a escindir los límites entre el orden público doméstico y el internacional.

Tampoco se evidencia una causalidad entre la adopción de la Ley Modelo y el desarrollo de estándares de revisión limitados frente a la

¹⁴⁸ Ver sentencia *Egesur c. Consorcio Pisco*, p. 14.

¹⁴⁹ Sentencia *Tampico c. Alquería*, p. 40.

¹⁵⁰ Además de la Corte Constitucional.

excepción por contrariedad al orden público de cada país. Está por verse si será el caso de Argentina, pero de los casos brasileño y colombiano tal hipótesis de causalidad se quiebra, pues tanto el TSFJ (en *Thales c. Fonseca*) como la CSJ (en *Petrotesting c. Ross Energy*) decidieron sus sentencias emblemáticas antes que su regulación arbitral tuviera desarrollos significativos en virtud de la Ley Modelo. Ahora bien, lo que sí parece ser el caso de Brasil y Colombia es que aun cuando la Convención de Nueva York fue ratificada mucho antes, fue sólo después de la modernización de su legislación nacional en materia de arbitraje que sus tribunales abordaron más directamente su posición hacia la favorabilidad al arbitraje. Con todo, no es más que una correlación que merecería ser estudiada desde otras áreas grises en el campo del reconocimiento de laudos extranjeros, más allá de la cuestión específica sobre la violación al orden público, abordada en este capítulo.

Por otra parte, ya amplia literatura ha abordado que: en la medida en que las cortes son más deferentes al arbitraje, más limitada es su injerencia en la revisión de los méritos de las decisiones arbitrales.¹⁵¹ Esta tendencia generalizada se confirma en la evolución que han tenido las cortes en Argentina, Brasil y Colombia, en el sentido de que todas ellas han ido enriqueciendo su jurisprudencia con referencias sobre la confiabilidad del arbitraje y han sido disuadidas de analizar el fondo de los asuntos.

De manera similar, y siguiendo esta misma lógica, sería expectable que cuanto más deferentes son las cortes al arbitraje, más limitado sea su estándar de interpretación del orden público como causal de no reconocimiento en el contexto de la Convención de Nueva York. La jurisprudencia colombiana confirmaría esta expectativa, pero no sucede lo mismo en la jurisprudencia brasileña.

¹⁵¹ Ver, p. ej., PIZZURRO, Joseph y otros. «Substantive Grounds for Challenge». En ROWLEY, J. William (editor). *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*. Londres: Global Arbitration Review, 2019.

Al respecto, las estadísticas demuestran que Brasil es una jurisdicción altísimamente deferente al arbitraje.¹⁵² El TSJF insiste en su limitada competencia para revisar el mérito de los laudos en sede de homologación y se resiste a revisar el fondo del asunto. No obstante, el TSJF no ha hecho evidente un estándar limitado en su interpretación del orden público que, aunque más flexible que en las cortes argentinas, tiende a interpretarlo desde una perspectiva defensiva como protección a su soberanía estatal. Por otra parte, el TSJF se aferra a su entendimiento del derecho procesal como materia comprendida dentro de la noción de orden público, lo que también puede ser problemático. Colombia también comparte el enfoque de Brasil sobre la revisión limitada de los laudos, pero en términos de ponderar el orden público internacional por encima del doméstico. Argentina ha ido desarrollando una jurisprudencia más favorable al arbitraje y a la ejecución de laudos extranjeros a raíz de la entrada en vigor de la nueva legislación en materia de arbitraje; sin embargo, aún falta una definición y delimitación sobre aquello que los magistrados consideran orden público internacional argentino para concluir si ha sido en virtud de la LACI o una mera coincidencia circunstancial.

Finalmente, es evidente que delimitar las nociones de orden público desde un entendimiento universal es prácticamente imposible. Sin embargo, es favorable que los adjudicadores continúen reflexionando sobre estándares comunes de interpretación desde perspectivas comparadas. Siendo de interés mantener el arbitraje como una institución legítima a largo plazo, estas bases comunes de interpretación permiten reducir el margen de imprevisibilidad al hacer de las jurisdicciones latinoamericanas foros más atractivos dentro del ámbito del arbitraje internacional.

¹⁵² En el periodo entre 2005-2015, de 52 procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros resueltos por parte del TSJF, sólo 8 fueron denegados. Ver LEMGRUBER, María Eduarda. *Op. cit.* Ver también DE ARAUJO, Nadia y Ricardo RAMALHO ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 30.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y ARTÍCULOS ACADÉMICOS

ALBUQUERQUE, André. «Fifty Years in five?: the Brazilian Approach to the New York Convention». En JEMIELNIAK, Joanna y Przemysław MIKŁASZEWICZ (editores). *Interpretation of law in the global world: from particularism to a universal approach* *Interpretation of Law in the Global World: from Particularism to a Universal Approach*. Berlín: Springer, 2010.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2021.

CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

CAIVANO, Roque y Verónica SANDLER. «La nueva Ley argentina de arbitraje comercial internacional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, 2018, n.º 2, vol. XI.

CARMONA, Rogerio y otros. *Arbitration procedures and practice in Brazil: overview*. Recuperado de
<[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-025-0922?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-025-0922?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Edición de la Guía de 2016. Recuperado de
<https://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958). Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

DE ARAUJO, Nadia y Ricardo RAMALHO ALMEIDA. «Chapter 3: Brazil». En GARCÍA, Omar y Hernando OTERO (editores) *Recognition and enforcement of international commercial arbitral awards in Latin America: law, practice and leading cases*. Boston: Brill Nijhoff, 2015.

FACH GÓMEZ, Katia y Ana M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ (editores). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2021.

GHODOOSI, Farshad. «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements». En *Nebraska Law Review*, 2016.

GHODOOSI, Farshad. *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*. Oxon: Routledge, 2018.

LADEIA, Raphaela Maciel. «The Developments of Arbitration in Brazilian Legal System: Examining Amendments to the Brazilian Arbitration Law, the New Civil Procedure Code, and the Novelty of the Arbitral Letter». En *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, abril 2017, n.º 2, vol. 4.

LEMGRUBER, Maria Eduarda. «Recognition of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Decision One Year On». En *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/03/recognition-foreign-arbitral-awards-brazil-abengoa-decision-one-year/>.

LEZCANO NAVARRO, José María. *Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence A comparison with the Anglo-American method*. Oxon: Routledge, 2015.

MACIEL, Raphaela. «The Developments of Arbitration in Brazilian Legal System: Examining Amendments to the Brazilian Arbitration Law, the New Civil Procedure Code, and the Novelty of the Arbitral Letter». En *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2017.

PAULSSON, Jan. «El orden público como criterio para negar el reonocimiento y la ejecución de laudos arbitrales». En TAWIL, Guido y Eduardo ZULETA (editores). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo a su 50 aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

PIZZURRO, Joseph y otros. «Substantive Grounds for Challenge». En ROWLEY, J. William (editor). *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*. Londres: Global Arbitration Review, 2019.

RIVERA, Julio César. «La Ley Argentina de arbitraje comercial internacional». En *Derecho & Sociedad*, 2019.

VAN DEN BERG, Jan. «The New York Convention and its application by Brazilian Courts». En *Revista de Arbitragem e Mediação*, enero 2013, vol. 36.

VILLAGGI, Florencia. «Recent Developments in the Arbitration Legislation in Argentina». En *Journal of International Arbitration*, 2018, n.º 2, vol. 35.

ZULETA, Eduardo y Rafael RINCÓN. «Interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York en Colombia». En BERMANN, George (editor). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The*

Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts.
Cham, Switzerland: Springer, 2017.

JURISPRUDENCIA

Argentina

Juzgado Nacional en lo Comercial [Juz.Nac.Com] 23/09/2002, Ogden Entertainment Services Inc. contra Eijo Nestor E. y otros s. ejecutivo (Argentina).

Cámara de Apelaciones de lo Comercial [CNCom] 05/11/2002, Reef Exploration Inc. contra Compañía General de Combustibles S. A. (Argentina).

Cámara de Apelaciones de lo Comercial [CNCom] 20/09/2004, Ogden Entertainment Services Inc. contra Eijo Nestor E. y otro (Argentina).

Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo [CaPel.Adm] 30/08/2007, Milantric Trans S.A. contra Ministerio de la Producción - Astillero Río Santiago (Argentina).

Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial [Juz.Nac.Civ.] 05/11/2013, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros (Argentina).

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] 30/03/2016, Milantric Trans S. A. contra Ministerio de la Producción - Astillero Río Santiago (Argentina).

Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo [CaPel.Adm] 23/09/2014, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros (Argentina).

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] 24/09/2019, Deutsche Rückversicherung AG contra Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación y otros s/ proceso de ejecución, Decisión de Anulación (Argentina).

Brasil

S.T.J. 802 Relator: José Delgado, 17/08/2005, D.J. 17.08.2005 (Brasil).

S.T.J. 866 Relator: Felix Fischer, 17/05/2006, D.J. 16.10.2006 (Brasil).

S.T.J. 4024 Relatora: Nancy Andrighi, 07/08/2013 D.J. 13. 09.2013 (Brasil).

S.T.J. No 9.412 Relator: Félix Fischer, 19/04/2017, D.J. 30.05.2017 (Brasil).

S.T.J. No 15.7650 Relatora: Nancy Andrighi, 21/11/2018, D.J. 27/11/2018 (Brasil).

S.T.J. No 1.236 Relator: Felix Fischer, 01/02/2019, D.J. 04/02/3019 (Brasil).

Colombia

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] julio 27, 2011, Radicación 50168T0008205 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] diciembre 19, 2011, Sentencia 1100102030002008-01760-00 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] junio 24, 2016, Sentencia SC8453-2016 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] septiembre 7, 2016, Sentencia SC-12467-2016 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] julio 12, 2017, Sentencia SC9909-2017 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] octubre 30, 2017, Sentencia SC17655-2017, (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] marzo 23, 2018, Sentencia SC877-2018, (Colombia).

Consejo de Estado [C.E.], Sala Cont. Admtivo, abril 17, 2020, Radicación 11001-03-26-000-2019-00015-00 (Colombia).

JURISPRUDENCIA DE OTROS PAÍSES

Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. v. Shell International Petroleum Co. Ltd, [1987] EWCA 3 W.L.R.

Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969, 97 (2d Cir. 1974).

Corte del Distrito Sur de Nueva York [S.D.N.Y.] 01.08.2007, Caja Nacional contra Deutsche Rück.

JORGE LUIS COLLANTES GONZÁLEZ

Miembro del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), donde ha sido director del Postgrado en Derecho de las Inversiones Internacionales y Arbitraje, del Postgrado en Derecho y Diplomático y Consular, y del Programa en Derecho de las Naciones Unidas para abogados; y vicepresidente de la Comisión de Arbitraje.

Licenciado en Derecho por la UIC-Barcelona, donde ha sido profesor de Derecho Internacional Privado, de Litigación Internacional y de Derecho Consular. Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Niza. Doctor en Derecho por la UPVD (Francia), donde ha ejercido docencia en Derecho de las Instituciones de la Unión Europea y en el Proyecto Personal y Profesional (Chargé de Travaux Dirigés) en la Facultad de Derecho.

GUILLERMO CABRERA GONZÁLEZ

Abogado (MCIArb) del grupo de Litigación & Arbitraje del despacho Pérez-Llorca. Interviene en procedimientos judiciales y arbitrales (nacionales e internacionales) en sectores como el financiero, de la construcción, de la energía o la compraventa internacional de mercaderías, entre otros.

Licenciado en Derecho y título propio en Práctica Jurídica y Empresarial por la Universidad Francisco de Vitoria, con especialidad en Relaciones Internacionales cursado en la McGeorge School of Law (con premio extraordinario). LLM por el IE-Law School.

Combina su actividad profesional con actividad docente en la Universidad Francisco de Vitoria, donde es profesor de la asignatura de

Técnicas para la Redacción Jurídica. Es miembro del Chartered Institute of Arbitrators, de la lista de jóvenes árbitros de la Cámara de Arbitraje Civil & Mercantil de Madrid (CIMA), del Club Español del Arbitraje (CEA-40) o de la Association Suisse de l'Arbitrage.

Yael Ribco Borman

Abogada uruguaya que actualmente se desempeña como asociada en la práctica de arbitraje internacional de Shearman & Sterling. Yael asesora y representa a clientes corporativos y estatales en arbitrajes internacionales bajo las reglas del Ciadi, de la CNUDMI, de la CCI y del CRCICA, particularmente en litigios relativos a gas natural y petróleo, energías renovables e infraestructura. Su experiencia incluye arbitrajes de inversión bajo tratados bilaterales y multilaterales, así como arbitrajes comerciales. Yael también ha trabajado junto a abogados locales en procedimientos de anulación de laudos arbitrales ante cortes domésticas.

Pilar Álvarez

Abogada uruguaya con experiencia en derecho corporativo y arbitraje internacional comercial y de inversión. Inició su carrera en Montevideo como parte del equipo de derecho corporativo de Guyer & Regules, trabajando luego en el departamento de arbitraje de la firma internacional Shearman & Sterling, en sus oficinas en París. Actualmente, se desempeña como asesora legal en la Prosecretaría de la Presidencia de la República del Uruguay. Entre otros asuntos, tiene a su cargo la coordinación de la defensa del Uruguay en los arbitrajes internacionales de inversión en los que el país es parte.

Sylvia Sámano Beristain

Licenciada en Derecho egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México, cursó la especialidad en comercio exterior en la misma

institución. Obtuvo el grado de Maestría en Arbitraje y Solución de Controversias en la Universidad de Hong Kong.

Realizó prácticas profesionales en la oficina de Hong Kong de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Actualmente, es la Titular de la Secretaría General del Centro de Arbitraje de México y es profesora en diversas universidades mexicanas.

MATEO VERDÍAS MEZZERA

Doctor en Derecho, graduado de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Se desempeña como asociado del Estudio Olivera Abogados (Uruguay) y como profesor aspirante de la cátedra de arbitraje de la Universidad de Montevideo. Actualmente, es candidato a un LL.M. en la Universidad de Columbia, Nueva York.

Su experiencia profesional internacional incluye las posiciones de practicante legal en (i) el departamento de Arbitraje Internacional de Dechert (Paris) LLP (2020), donde participó de la redacción de memoriales y asistencia a audiencias junto a los socios Eduardo Silva-Romero y José Manuel García-Represa; y (ii) en la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (París, 2017), donde trabajó para el presidente de la Corte, el Sr. Alexis Mourre, para la directora regional de arbitraje y ADR de la Corte CCI en Europa, la Sra. Laetitia de Montalivet, y para el equipo latinoamericano de la Secretaría a cargo del Sr. Juan Pablo Argentato.

A nivel local, se desempeñó por casi tres años como asociado del departamento de Litigios y Arbitrajes de Ferrere Abogados, Uruguay, donde participó de procesos arbitrales comerciales y de inversión, conducidos bajo los reglamentos CCI, Ciadi y CPA.

Entre los años 2015 y 2019, participó como estudiante y como *coach* de los equipos de arbitraje de la Universidad de Montevideo, obteniendo resultados como (i) tercer puesto en la competencia de arbitraje comercial internacional Willem C. Vis Moot (2017); y (ii) segundo puesto en la competencia de arbitraje de inversión FDI Moot (2018). Es, además, graduado de la International Academy for Arbitration Law (París, 2019).

Es, actualmente, parte del comité redactor del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, de la Bolsa de Comercio del Uruguay y es miembro del Comité Ejecutivo de Uruguay Very Young Arbitration Practitioners.

Frecuente redactor de artículos, ha publicado en prestigiosas revistas como *ICC Dispute Resolution Bulletin*, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *Spain Arbitration Review*, la base de datos Jus Mundi sobre derecho internacional y arbitraje, entre otras.

SANTIAGO ESCOBAR MAGAÑA

Licenciado en Derecho con mención honorífica por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Asimismo, se graduó con honores del programa LL.M. de la Universidad de Columbia. En 2020, Santiago aprobó el Examen de la Barra de Abogados del Estado de Nueva York (admisión pendiente).

Actualmente, es asociado sénior de la firma Bufete Asali, S. C. basada en la Ciudad de México. Santiago cuenta con más de diez años de experiencia en la resolución de controversias comerciales complejas. A lo largo de su carrera, Santiago ha representado clientes en las industrias de construcción, tecnología, inmobiliaria, energética y financiera, entre otras. Ha participado como abogado de parte en procedimientos arbitrales bajo las reglas de ICC, LCIA, HKIAC y

CANACO. Santiago es profesor adjunto de las materias de Obligaciones y Contratos en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

ROBERTO CUCHÍ OLABUENAGA

Licenciado en Derecho con mención honorífica por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Cursó el Diplomado en Arbitraje Internacional de la Escuela Libre de Derecho, donde obtuvo una mención especial por su disertación final, la cual fue publicada por la ICC México.

Es asociado en Bufete Asali, S. C., una firma especializada en arbitraje y litigio basada en la Ciudad de México. Representa a clientes públicos y privados en una amplia gama de industrias, incluyendo la construcción, alimentos, farmacéutica, tecnología y telecomunicaciones, a quienes ha representado en litigios estatales y en arbitrajes nacionales e internacionales administrados bajo las reglas de la ICC y la LCIA, regidos tanto por legislación nacional como por convenciones en materia de mercaderías internacionales.

RICARDO ANDRÉS PADILLA PAROT

Licenciado en Ciencias Jurídicas y magíster en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Diego Portales de Chile, donde ha sido profesor de Derecho Privado, Litigación Compleja y Resolución de Casos Civiles. Master of Laws (LL.M) en International Dispute Resolution por la universidad King's College London, del Reino Unido.

Es miembro del Colegio de Abogados de Chile A. G. y coordinador nacional de la Comisión de Derecho Procesal Civil del Instituto Chileno de Derecho Procesal (ICHDP). Se desempeña como abogado asociado del grupo de litigios y arbitrajes de la firma chilena Carey & Cía., habiendo trabajado como asociado internacional de la práctica de arbitraje internacional y de inversión en la firma brasileña Mattos Filho.

Ha realizado diversas publicaciones científicas, relativas al derecho privado y público en materia de *estoppel*, competencia desleal, derecho de la construcción, negociación y arbitraje de inversión.

Ha sido beneficiario de diversas becas y distinciones, en particular para cursar estudios de Derecho Internacional Privado en la Universidad Pathéon-Assas (París II), Francia, y el LL.M - International Dispute Resolution, en Inglaterra.

JORGE BOGARÍN

Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (2016). Máster en Resolución Internacional y Comparada de Disputas por la Queen Mary University of London (2019). Especialización de Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca. Especialización en Docencia en Educación Superior en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Diplomado en Asociaciones Público-Privadas para funcionarios públicos de América Latina. Ha escrito diversos artículos relacionados a la resolución alternativa de disputas. Actualmente, se desempeña como especialista técnico en arbitraje APP, Unidad Ejecutora de Proyectos Estratégicos - Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones de Paraguay.

JACQUELINE LOPEZ WISMER

Licenciada en Derecho por la Universidad Göttingen, Alemania, y título profesional de abogada reconocido en España (Ministerio de Justicia, Madrid). Máster en Derecho Internacional de los Negocios y Diploma de Legal 360 Management & Cross-skills for Legal Professionals por Esade, Facultad de Derecho, Universidad Ramon Llull, Barcelona. Realizó el Curso Superior de Arbitraje, Advanced Arbitration Course (MCIArb) con el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (Ciamen) del Instituto Universitario de Estudios Europeos con la colaboración del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb).

Es abogada especializada certificada en derecho mercantil y corporativo (Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht) por el Colegio de la Abogacía de Celle (Rechtsanwaltskammer Celle) y miembro del Colegio de la Abogacía de Berlín (Rechtsanwaltskammer Berlín). Socia del bufete Kniprath Lopez Attorneys for Complex Disputes en Berlín y Barcelona, un bufete especializado en gestión y solución alternativa de controversias comerciales, en particular arbitraje internacional. Es presidenta del Capítulo Alemania / Austria del Club Español del Arbitraje (CEA, Madrid).

M^a INMACULADA RODRÍGUEZ ROBLERO

Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (graduación de honor) y doctora en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid (*summa cum laude*). Cuenta con una larga trayectoria docente en España y Costa Rica, en donde ha sido y es docente de diversas asignaturas como Derecho Mercantil, Contratación Internacional, Arbitraje, ADR, Soft Skills (tales como negociación, gestión de conflictos, análisis y toma de decisiones, entre otras). Está colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y en el Colegio de Abogados de Costa Rica, donde también es notaria pública y árbitra acreditada en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Mienbro del Chartered Institute of Arbitrators de Londres (MCIArb). Autora de numerosas publicaciones relacionadas con el Arbitraje y la Resolución Adecuada de Conflictos. Actualmente, es directora ejecutiva del Máster de Arbitraje Internacional en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

HUGO CARDONA

Abogado por la Universidad Católica Boliviana San Pablo. Posee un máster en Derecho de la Energía por la Universidad Europea de Madrid con beca completa a la excelencia académica y un Máster en Derecho de

los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid.

Ha trabajado en el Departamento de Derecho Mercantil y en el Departamento de Arbitraje de la firma Cremades & Calvo-Sotelo, asesorando a empresas del sector bancario, energía y construcción en materias de derecho societario, contratos internacionales y arbitraje. Asimismo, tiene experiencia en procesos de negociación complejos en el campo del derecho de las inversiones. Actualmente, es investigador del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (Ciamen) de la Universidad CEU San Pablo, institución académica de referencia en España en materia de resolución alternativa de disputas, y es asociado en JM Beneyto & Asociados. Es miembro del Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb).

CLAUDIO SALAS

Special counsel en la oficina de Nueva York de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP y miembro de la práctica de arbitraje internacional, en donde representa y asesora regularmente a clientes en arbitrajes comerciales y de inversión bajo las reglas de los principales centros de arbitraje internacional. Tiene especial experticia en disputas relacionadas con América Latina, y ha participado en varios arbitrajes comerciales y de inversión de gran importancia en la región.

Ha manejado disputas en diversas industrias, incluyendo petróleo y gas, pulpa y papel, aeronáutica, seguros, farmacéutica y servicios financieros. Además, ha litigado contra y en nombre de autoridades extranjeras en los tribunales federales de distrito y de apelación de Estados Unidos, y ha representado a clientes en investigaciones del Gobierno de Estados Unidos y procedimientos administrativos. Es profesor de arbitraje internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania. Realizó sus estudios en el Middlebury College y la Facultad de Derecho de Yale.

MARÍA CAMILA HOYOS

Asociada en la oficina de Londres de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP en la práctica de arbitraje internacional. Es licenciada en Derecho por la Universidad de los Andes en Bogotá, donde también obtuvo un grado en Ciencia Política. Tiene un máster en Derecho por la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia. Asesora regularmente a clientes en asuntos de arbitraje y litigios transfronterizos complejos, que involucran sistemas legales de derecho común y de derecho civil en inglés, portugués y español. Su experiencia abarca las áreas de construcción, energía, minería y consumo masivo, entre otras.

Es miembro fundador del Capítulo de Very Young Arbitration Practitioners en Portugal (PTVYAP) y *deputy* del presidente electo de la Sección Internacional de la American Bar Association para el año 2021-2022 (cargo que ocupó también entre 2018-2020). Más recientemente, ha sido nominada como Futuro Líder-No Socio en la categoría de Arbitraje Internacional por el directorio Who's Who Legal para el año 2022.

SOLEDAD PEÑA

Visiting foreign lawyer en la oficina de Londres de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP en la práctica de arbitraje internacional.

Tiene experiencia en arbitraje de inversión y arbitraje comercial enfocado, principalmente, en Latinoamérica. Ha participado asesorando tanto a inversionistas como a Estados en arbitrajes bajo reglas Ciadi, CNUDMI y CCIm relacionados con petróleo y gas, minería, regulaciones tributarias y bonos estatales. Obtuvo su título de abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y un máster en Derecho Internacional de Negocios y Derecho Económico por la Universidad de Georgetown. Es miembro fundador del Capítulo de Very Young Arbitration Practitioners en Ecuador (ECUVYAP).

LA SEDE Y EL ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL
ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENFOQUES CRUZADOS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ